



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO CIVIL

FLAVIA SCOLESE RIBEIRO

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E
OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES**

Salvador
2018

FLAVIA SCOLESE RIBEIRO

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E
OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito Civil.

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

FLAVIA SCOLESE RIBEIRO

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E OS EFEITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau Especialista em
Direito Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2018

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo central analisar os efeitos sucessórios decorrentes da utilização da técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Os constantes avanços na medicina, no tocante às técnicas de reprodução humana assistida, cada vez mais possibilitam que indivíduos com infertilidade ou esterilidade possam procriar e constituir a sua família. Tais avanços na medicina, apesar de possibilitarem a procriação independentemente da relação sexual, provocaram impactos no âmbito jurídico, pois trouxeram questionamentos e conflitos perante a doutrina e jurisprudência que antes não existiam. Ainda, no tocante a possibilidade de reprodução assistida póstuma, tem-se como fundamento para tal possibilidade a criopreservação dos gametas, logo, haverá a possibilidade da criança vir a ser gerada, ainda que decorridos anos da morte dos seus genitores. O ordenamento jurídico não foi capaz de acompanhar o acelerado avanço da ciência. Apesar do Código Civil de 2002 reconhecer a possibilidade da utilização da inseminação póstuma, presumindo a paternidade para efeitos de filiação, ele nada dispôs sobre os direitos sucessórios inerentes à essa criança. Dessa forma, ante a lacuna jurídica existente e a fim de garantir os direitos sucessórios da criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, haja vista ser a herança um direito fundamental, é necessário analisar os posicionamentos doutrinários acerca da referida questão. Para tanto, é imprescindível a análise dos princípios constitucionais e da Resolução do Conselho Federal de Medicina, buscando alinhar suas disposições com o previsto no Código Civil, a fim de que sejam resguardados todos os direitos sucessórios inerentes a referida criança.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; inseminação artificial homóloga *post mortem*; filiação; princípios incidentes; direitos sucessórios; direito comparado.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	10
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	11
2.2 DIREITO À PROCREAÇÃO	14
2.3 ESTERILIDADE E INFERTILIDADE	20
2.4 PRINCIPAIS TÉCNICAS	22
2.5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	25
2.5.1 Heteróloga.....	26
2.5.2 Homóloga.....	31
2.6 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	31
2.7 DISCIPLINA NORMATIVA SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA...34	
2.8 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO.....	39
2.8.1 França e Alemanha	40
2.8.2 Inglaterra	42
2.8.3 Espanha	43
3 A PROCREAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E OS IMPACTOS NO INSTITUTO DA FILIAÇÃO	44
3.1 A FILIAÇÃO E O PARENTESCO.....	44
3.2 TIPOS DE FILIAÇÃO	48
3.2.1 Filiação biológica	49
3.2.2 Filiação afetiva.....	50
4 NOTAS PERTINENTES SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES	53
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	53
4.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA.....	59
4.3 SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	60
4.4 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	62
4.5 PETIÇÃO DA HERANÇA	67
5 DIREITO SUCESSÓRIO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>.....	70

5.1 DO CRITÉRIO CONSANGUÍNEO NA REPRODUÇÃO HOMÓLOGA COMO LEGITIMADOR DA FILIAÇÃO	71
5.2 A VONTADE COMO CRITÉRIO PERMISSIVO PARA IMPLANTAÇÃO <i>POST MORTEM</i>	75
5.3 PRINCÍPIOS INCIDENTES	81
5.3.1 Igualdade absoluta entre os filhos.....	82
5.3.2 Melhor interesse da criança e do adolescente	83
5.3.3 Livre planejamento familiar	86
5.3.4 Dignidade da pessoa humana.....	88
5.4 DO DIREITO À SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	91
5.5 DO DIREITO À SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	94
6 CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS.....	105

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo precípuo analisar o procedimento da inseminação artificial homóloga *post mortem*, tendo como base discussões doutrinárias, a fim de debater se o filho concebido após a morte do seu genitor e advindo por meio dessa técnica de reprodução assistida seria considerado sucessor legítimo ou testamentário, com o escopo de buscar disposições que garantam a esse filho do *de cuius* os direitos hereditários inerentes a ele.

Convém salientar que as discussões trazidas envolvem apenas a inseminação artificial homóloga *post mortem*, ou seja, a utilização de implantação de sêmen criopreservado após a morte do seu doador. Por conta disso, não serão tratados os entendimentos doutrinários e discussões acerca do embrião criopreservado para posterior implantação.

Atualmente, é notável o constante crescimento das inovações tecnológicas na área da medicina. Cada vez mais, estão sendo desenvolvidos métodos e novas técnicas que propiciam aos casais, que enfrentam problemas de esterilidade ou infertilidade, a possibilidade de terem filhos e constituírem família, podendo atingir a tão esperada maternidade e a paternidade.

A reprodução humana assistida é um dos mecanismos que auxilia os indivíduos na procriação, resolvendo, muitas vezes, os problemas decorrentes da impossibilidade desta. Os avanços na medicina, apesar de permitirem a possibilidade de procriar independente de relação sexual e, com isso, constituir família, causaram impactos no âmbito jurídico, pois trouxeram questionamentos e conflitos perante a doutrina que antes não existiam.

O Código Civil de 2002 prevê a possibilidade da utilização da técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem*, bem como o reconhecimento da presunção de paternidade. Entretanto, quanto ao direito sucessório nada dispõe. Por conta dessa lacuna e da falta de regulamentação jurídica dispendo sobre o assunto, traz-se à tona a relevante discussão sobre o direito sucessório do filho concebido *post mortem*.

Posto isso, no capítulo introdutório, foram abordados aspectos gerais da reprodução humana assistida, a fim de propiciar uma melhor compreensão sobre a discussão

apresentada no decorrer do trabalho. Dessa maneira, abordou-se o conceito da reprodução humana assistida, os problemas enfrentados pela sociedade que fazem com que os indivíduos recorram a tais técnicas para constituir a sua família, os quais seriam, a infertilidade e esterilidade, bem como esclareceu-se as premissas básicas sobre as principais técnicas de reprodução assistida utilizadas hodiernamente, que seriam a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, englobando tanto o procedimento homólogo quanto o heterólogo.

Ainda no capítulo inicial, fora discutido a existência do direito à procriação, englobando no mesmo tópico a previsão constitucional acerca do livre planejamento familiar, a inseminação artificial homóloga póstuma e a disciplina normativa sobre a reprodução assistida. Ainda, ante a ausência legislativa no Brasil, fez-se uma breve análise do direito comparado dos ordenamentos jurídicos de outros países, com enfoque nas disposições sobre inseminação artificial póstuma, tendo em vista que as técnicas de reprodução humana assistida é um assunto que é discutido e afeta as populações do mundo todo.

Insta salientar, que há permissão legal para a ocorrência de inseminação artificial póstuma, sendo estabelecido para tanto apenas consequências jurídicas em torno da filiação, bem como há possibilidade de que a viúva venha implantar o material genético do *de cujus*, tendo em vista a possibilidade de criopreservação do sêmen.

Todavia, o ordenamento brasileiro nada dispõe sobre a reprodução humana assistida. Posto isso, faz-se necessário analisar os aspectos jurídicos que decorrem dessas técnicas à luz dos princípios constitucionais e da Resolução do Conselho Federal de Medicina, para propiciar uma maior segurança jurídica às pessoas que se submetem a tais técnicas e a criança que será concebida.

No capítulo seguinte, foram analisados os impactos das técnicas de reprodução medicamente assistida no instituto da filiação. Dessa forma, examinou-se as relações parentais e o vínculo estabelecido entre os pais e a criança concebida mediante tais técnicas, destrinchando ainda as classificações de filiação, que seriam a biológica e a afetiva, cabendo pontuar que não há hierarquia entre elas.

Já no terceiro capítulo, foram abordadas as premissas básicas acerca do direito das sucessões, para melhor compreensão das discussões e posições doutrinárias apresentadas no quarto capítulo.

Dessa forma, foram esclarecidos os pressupostos do direito da sucessão, seu conceito, momento de abertura da sucessão, capacidade sucessória, princípio de *saisine*, bem como diferenciou-se os herdeiros legítimos e testamentários e a figura do herdeiro e do legatário. Ainda, separadamente, analisou-se a sucessão legítima e a testamentária, abordando na última sobre a disposição acerca da prole eventual e breves pontuações sobre o testamento. Ao final, foram esclarecidos alguns pontos sobre a ação de petição de herança.

Por fim, no capítulo derradeiro, examinou-se o direito sucessório decorrente da inseminação artificial homóloga *post mortem* e demonstrou-se os posicionamentos doutrinários acerca da referida questão.

Para tanto, fez-se necessário no capítulo conclusivo demonstrar o critério legitimador da filiação no tocante à reprodução homóloga, bem como o elemento volitivo como requisito permissivo para a implantação *post mortem*. Fixada a premissa da necessidade do elemento da vontade se fazer presente nessas situações, imprescindível fora abordar a discussão acerca de fixação de prazo para a implantação.

Por fim, analisou-se os princípios incidentes nas situações que envolvem a problemática que permeia a inseminação artificial homóloga *post mortem*, como a igualdade absoluta entre os filhos, melhor interesse da criança e do adolescente, livre planejamento familiar e dignidade da pessoa humana, haja vista que as discussões doutrinárias se valeram de tais princípios para fundamentar seus entendimentos.

O tema a ser analisado possui relevância jurídica, tendo em vista que a sociedade está em constante mudança, principalmente no que se refere às evoluções científicas da genética, faz-se necessário que o direito acompanhe tais avanços para que sejam garantidos os direitos daqueles que estão desprotegidos por conta da lacuna jurídica existente.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* já garante ao filho concebido o direito de filiação, a presunção de paternidade e igualdade perante os outros filhos dos genitores. Porém, no tocante aos seus direitos sucessórios, é insuficiente a legislação, o que causa insegurança jurídica e necessidade de análise no ordenamento jurídico como um todo, bem como em posicionamentos doutrinários e

à luz de princípios constitucionais, para que, visando a busca pelo melhor interesse da criança, possa se garantir ao mesmo todos os seus direitos hereditários.

As discussões trazidas pela proposta do presente trabalho têm relevância social, haja vista que atingem diretamente a sociedade. A reprodução humana assistida, com enfoque na técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem*, é um instrumento hoje muito comum que é utilizado por pessoas que são inférteis ou estéreis e que possuem a vontade de constituir uma família.

Entretanto, a problemática surge quando a utilização dessas técnicas de reprodução assistida para conceber um filho ocorre após a morte do genitor, pois, por falta de disposição legal sobre o assunto, no tocante aos direitos sucessórios, não se sabe se esse filho se enquadraria como herdeiro legítimo ou testamentário. Assim, por existir a possibilidade de utilização dessas técnicas, deve existir também uma garantia de que os filhos concebidos após a morte do seu genitor tenham todos os seus direitos resguardados.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Cabe, nesse ponto inicial, conceituar determinados institutos, mais especificamente o da reprodução humana assistida (RHA), a fim de propiciar uma melhor compreensão sobre o objeto de estudo do referido trabalho.

Com o desenfreado surgir de novas descobertas advindas de estudos científicos e impulsionadas devido ao surgimento das inovações tecnológicas, foram desenvolvidas as tão almejadas técnicas de reprodução assistida, para atender aos anseios da sociedade, trazer soluções para os problemas decorrentes de algumas doenças e possibilitar que fosse alcançada a maternidade e paternidade por aqueles que por si só são incapazes de concretizar tal vontade.

A reprodução humana assistida abarca as mais variadas técnicas, as quais serão devidamente e individualmente aplicadas a depender da situação em que o indivíduo se encontra, com o objetivo de superar, mas não curar, os problemas de infertilidade ou esterilidade que atingem inúmeros casais nos dias de hoje.

No tocante ao tema da reprodução humana medicamente assistida, é de extrema importância fazer uma breve análise do desenvolvimento histórico do conjunto das técnicas que a englobam, tais como a inseminação artificial e fertilização *in vitro*, com o escopo de demonstrar as modificações e evoluções das concepções da sociedade frente as inovações da ciência médica nessa área da reprodução.

Ainda, é indispensável tecer comentários sobre o conceito em si da reprodução humana assistida (RHA), bem como sobre as diversas terminologias existentes para fazer referência às técnicas medicamente assistidas.

Posto isso, a breve análise do desenvolvimento histórico da reprodução humana assistida, a sua conceituação e as terminologias utilizadas para se referir a tal tema são considerados como o ponto inicial para melhor compreensão do objeto central do trabalho.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde os primórdios da antiguidade, o desejo de conceber sua prole e constituir família sempre foi um fator extremamente relevante em todas as sociedades. Tal relevância pode ser facilmente identificada, haja vista que a questão da reprodução se encontrava constantemente nos documentos legislativos de cada época, como por exemplo, pode-se notar a presença da questão da reprodução no Código de Hamurabi, 2000 a.c, bem como a questão da descendência presente no Código de Manu, 1200, a.c (MALUF, 2013. p. 193).

Assim sendo, diante da importância da prole para a sociedade, surgia a necessidade de enfrentar e combater os problemas que afetavam as pessoas que não podiam gerar seus descendentes pelas vias naturais de reprodução.

A infertilidade e a esterilidade são enfermidades que afetam a humanidade desde sempre. Pode-se dizer que tais doenças impulsionaram significativamente a tentativa de busca pela sua cura e, por consequência, a busca pela possibilidade de procriar e alcançar a maternidade e paternidade.

Do ponto de vista da evolução histórica das técnicas de reprodução humana assistida, tem-se que a esterilidade sempre fora considerada desfavorável para o homem, vista como um defeito, enquanto que a fertilidade era vista como um fator positivo, uma benção dada ao homem (FERNANDES, 2005, p. 23).

Ainda sobre a perspectiva da referida autora (2005), tem-se que analisando o passar dos séculos, sucintamente, até o final do século XV, a esterilidade só afetava as mulheres. Todavia, no século XVII, passou a se admitir que a esterilidade era uma enfermidade que atingia também os homens. No tocante à busca para combater as consequências advindas da esterilidade, tem-se que, findo o século XIX, iniciaram-se as descobertas da fertilização, a qual originava um novo ser. Porém, as grandes descobertas médicas no âmbito da genética e a evolução das procriações artificiais tiveram como seu marco decisivo o século XX.

Hodiernamente, sabe-se que a infertilidade e a esterilidade atingem homens e mulheres, bem como para combater as consequências trazidas por cada uma há um procedimento específico e apropriado, cuja aplicação dependerá de cada caso em particular do indivíduo.

No que diz respeito à sua finalidade, ante o que já fora previamente exposto, são as técnicas de reprodução medicamente assistida mecanismos que possibilitam que o ser humano que sofra com infertilidade ou esterilidade possa procriar, independentemente de relação sexual.

Sobre as técnicas de reprodução humana assistida, no tocante aos aspectos bioéticos, tem-se que muitas foram as inovações e vantagens trazidas pelas técnicas de procriação assistida, como fora possibilitado o acesso a tais técnicas às mulheres solteiras, homossexuais e transgêneros, bem como fora viabilizado a realização da reprodução heteróloga e reprodução assistida *post mortem* (MALUF, 2013, p. 197).

Todavia, são das vantagens supracitadas trazidas por tais técnicas que surgem as inúmeras repercussões bioéticas.

Imprescindível salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana se faz presente em todos os momentos, sendo considerado como a base de qualquer avanço científico. A preservação à uma vida digna deve sempre sobressair. Como forma de demonstrar a relevância de tal questão, Severo Hryniewicz e Regina Sauwen (2008, p. 51) afirmam que “no cume de todos os valores acessíveis ao homem mediante a razão, fulgindo supremamente, encontra-se o valor da pessoa humana”.

A reprodução humana assistida, conceituadamente falando, é um mecanismo que, embora não trate diretamente dos problemas de esterilidade e infertilidade, concede aqueles sujeitos impossibilitados de gerar um filho através da concepção natural a possibilidade de procriar através de técnicas que dispensam a relação sexual.

No mesmo sentido, Franciele Pisetta (2014, p. 12) aduz que “[...] a reprodução humana assistida abrange técnicas específicas que materializa os avanços biotecnológicos e da engenharia genética para superar a infertilidade humana”.

Do ponto de vista legal, o artigo 1º, da seção dos princípios gerais das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida contidas na Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina guiam no seguinte sentido: “1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”.

Portanto, tem-se que a reprodução assistida é vista como um mecanismo o qual viabiliza que as pessoas que sofrem com problemas de infertilidade ou esterilidade,

possam realizar o seu desejo e vir a concretizar o seu sonho de ser mãe ou pai, procriando e gerando seus descendentes.

Em relação à terminologia utilizada para se referir às técnicas de se conceber um filho independente da relação sexual entre homem e mulher, diz Cristiano Colombo (2012, p. 126) que “Prima facie, cumpre destacar que tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira utilizam ora a expressão “reprodução assistida”, ora “procriação assistida””.

Dizem os Enunciados do Conselho da Justiça Federal n. 105 da I Jornada de Direito Civil e n. 258 da III Jornada de Direito civil, respectivamente que:

105 - Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida.

258 - Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.

Logo, nota-se nos enunciados supracitados a utilização dos termos, respectivamente, “reprodução assistida” e “procriação assistida”. Diante disso, é possível concluir que, no Brasil, no que se refere aos métodos da reprodução assistida, pode-se utilizar indistintamente tanto da nomenclatura de reprodução, quanto procriação.

Sintetizando o exposto supracitado, o conceito de reprodução assistida, por Adriana Maluf (2013, p. 193) seria “[...] a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”.

Por derradeiro, é possível concluir que a reprodução humana assistida nada mais é do que uma forma de se alcançar a maternidade e a paternidade através de técnicas que independem da relação sexual, pois são realizadas mediante procedimentos laboratoriais que substituem ou facilitam etapas da fecundação.

2.2 DIREITO À PROCRIAÇÃO

As técnicas de reprodução assistida são mecanismos que viabilizam a procriação e, por conta disso, a constituição de família. Dessa forma, os questionamentos acerca da procriação giram em torno da questão se, efetivamente, há um direito ou uma faculdade de se ter um filho.

De início, é possível afirmar que o que realmente existe é um direito à procriação. A justificativa para tal afirmação se encontra na Lei nº 9.263/96 e na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, §7º, assegura que todo cidadão tem direito ao planejamento familiar.

Nesse sentido, pode-se dizer que o direito à procriação é uma repercussão de direitos fundamentais, ou seja, deriva de diversos outros direitos, como a dignidade da pessoa humana, direito à saúde, à vida e a liberdade (BARBOZA, 1993, p. 97).

Sobre o assunto, importante citar o artigo 226, *caput*, e §7º da Constituição Federal, do qual é possível extrair do seu texto, que o direito à procriação está pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da parentalidade responsável e do melhor interesse da criança (GAMA, 2003, p. 717)

Nessa linha, cabe dizer que o direito fundamental à procriação não é absoluto e encontra sua limitação no tocante ao atendimento ao melhor interesse da criança, ao princípio da dignidade da pessoa humana e parentalidade responsável. Por isso, apesar do planejamento familiar ser uma livre escolha do casal, cabe ao Estado propiciar o acesso a tais técnicas e estabelecer regras para a utilização das mesmas, como forma de proteger o indivíduo e sua dignidade.

Nas questões relativas ao direito à procriação, no tocante às técnicas de reprodução medicamente assistida, deve-se levar em conta a existência de um projeto parental.

Sobre a temática do planejamento familiar, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Seguindo o mesmo raciocínio, diz o artigo 9º e o parágrafo único da Lei 9.263/96:

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Portanto, a partir do entendimento de que o livre planejamento familiar é um preceito constitucional, deve-se garantir também ao indivíduo com problemas de procriar naturalmente o acesso às técnicas de reprodução assistida, para que ele possa também exercer a faculdade e seu direito fundamental de planejar a sua família.

O fundamento constitucional de que há um direito à procriação, ou seja, um direito ao planejamento de sua família, reflete na efetivação do princípio constitucional basilar de todo o ordenamento jurídico, que seria a dignidade da pessoa humana.

Cabe dizer que, de acordo com o dispositivo da Lei acima mencionada, o indivíduo para desfrutar de tais técnicas de reprodução medicamente assistida deve ter acompanhamento de um médico, o qual irá fazer um diagnóstico da infertilidade ou esterilidade, prescrevendo qual a melhor técnica para solucionar o problema e informando ao indivíduo quais os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia da técnica que será utilizada.

Imprescindível se faz tecer comentários sobre alguns aspectos médico-legais, tendo em vista o importante papel que o médico possui no que se refere a utilização dos métodos de reprodução assistida.

Um ponto de extrema relevância na atuação do médico diante da prática das técnicas de reprodução assistida se refere à sua responsabilidade médica. Assim sendo, no âmbito da responsabilidade do médico, há que se falar em alguns requisitos que são exigidos para dispor de tais técnicas.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que a execução dos procedimentos de procriação medicamente assistida deve ocorrer sempre por um médico legalmente habilitado. O segundo deles se refere ao direito de informação do paciente. Como é o médico que detém o conhecimento dos pontos favoráveis e controvertidos das técnicas, tem ele o dever de analisar e informar ao paciente sobre as vantagens e possíveis complicações que podem vir a ocorrer. Por fim, o terceiro deles está no

tocante ao consentimento dos interessados, requisito o qual é indispensável e de extrema relevância (FRANÇA, 2013, p. 356).

Paulo Machado, Maria Perrotti e Marcos Perroti (1987, p. 49), analisando o artigo 2, *caput* da supracitada Lei¹, conceituam o planejamento familiar como sendo “[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole”.

Aduz Maria Berenice Dias (2015, p. 392), no tocante ao livre planejamento familiar:

Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF 226, §7º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa a realização de projeto de parentalidade. [...] Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. Assim, distúrbios da função reprodutora constituem problemas de saúde pública, devendo o Estado garantir o acesso a tratamento de esterilidade e reprodução.

Nesse diapasão, pode-se concluir que o planejamento familiar é o direito do indivíduo de planejar sobre a sua família, sobre a quantidade de filhos que deseja ter, ou seja, de efetivar o seu projeto de parentalidade. Assim, tem-se o acesso às técnicas de reprodução assistida como uma garantia constitucional acessível a todos os indivíduos de forma igualitária.

O Conselho Federal de Medicina em sua Resolução n. 2.168/2017, trata sobre o assunto da Reprodução Humana Assistida, viabilizando a aplicação de tais técnicas. Na sua seção II sobre Pacientes das técnicas de RA, diz que:

1 – Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

Assim sendo, faz-se necessário para utilizar as técnicas de reprodução assistida, a capacidade civil, que, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 93), seria “[...] capacidade de exercício ou de ação, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil”.

Nesse mesmo sentido, explica Fábio Ulhoa Coelho sobre capacidade civil (2012, p. 319/320):

¹ Lei 9.263/96. “Art. 2, *caput*: Para os fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade, que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

A pessoa capaz pode praticar os atos e negócios jurídicos por si só, isto é, diretamente, independentemente de auxílio ou intervenção de outra pessoa. Ela é considerada, pelo direito, como dotada de condições psíquico-físicas suficientes à compreensão das consequências dos seus atos. Considera-se a lei, por isso, que a pessoa natural capaz sabe sopesar convenientemente seus interesses e, em função disso, nortear suas decisões. [...] A vontade de uma pessoa capaz exterioriza-se validamente, portanto, pelos atos e declarações dela própria.

Nessa linha, a capacidade do indivíduo é elemento de extrema relevância, no tocante à submissão a tais técnicas. Isso porque, o consentimento exteriorizado do indivíduo em se submeter ao procedimento medicamente assistido reflete na efetivação da sua autonomia privada, logo, na proteção da sua dignidade.

Assim, faz-se necessário a presença de um outro elemento, além da capacidade, que seria o consentimento livre e expresso de todos os envolvidos, o qual se concretiza com a exteriorização de vontade do indivíduo, devendo ela ser livre, ou seja, isenta de vícios que possam vir a invalidá-la. Ainda, é necessário que haja clareza e esclarecimentos necessários sobre as técnicas de reprodução.

Sobre o que dispõe a Resolução, na seção supracitada, é relevante frisar que o indivíduo sozinho, que não tenha um companheiro, mas sofra com uma enfermidade que o impossibilite de procriar de maneira natural, também terá acesso às técnicas de reprodução assistida.

No projeto parental, muito se fala na presença de um sonho desejado e programado por um casal. Todavia, por conta das constantes transformações da sociedade que vêm afetando os modelos de família, deve-se permitir que o indivíduo sozinho também possa se valer do seu direito à procriação, sob o fundamento da proteção a sua autonomia privada e sua própria dignidade.

Nesse sentido, há previsão constitucional no artigo 226, §4º, que reconhece a família monoparental, ou seja, constituída pelo pai e filho ou mãe e filho, como entidade familiar.

Todavia, para que a situação acima mencionada seja possível, assim como também deve ocorrer na situação que envolve um casal, deve-se sempre atentar aos interesses da criança. Tanto o casal, quanto a pessoa solteira pode vir a realizar o seu sonho de conceber um filho por meio das técnicas de reprodução medicamente assistida, desde que tenham condições de prover para a criança uma vida digna, repleta de afeto e amor.

Sobre a questão da família monoparental, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 721), leciona:

É certo que a norma constitucional não tem o objetivo de estimular a constituição de famílias monoparentais, mas conferir-lhes proteção uma vez ocorridas [...].
[...] É perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha comprove que tem condições de respeitar efetivamente todos os princípios que funcionam como limites ao direito à reprodução e, em comprovando [...] - a impossibilidade de procriar naturalmente -, pretenda ter acesso às técnicas de reprodução assistida.

Deve-se ter como premissa de que o direito à procriação deve estar atrelado a dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

No que condiz ao direito à procriação, no tocante a reprodução assistida *post mortem*, há divergência doutrinária sobre a possibilidade de tal técnica ocorrer após a morte do genitor.

Eduardo de Oliveira Leite (2012, 193) entende não ser possível a reprodução assistida póstuma, sob a justificativa de que a mesma serviria para atender os interesses, de forma egoísta, da viúva, como forma de superar a perda de seu marido ou companheiro. Seria desrazoável conceber uma criança que, desde o início, será órfã de pai.

O referido autor (2012, p. 198) entende que, “a possibilidade de gestação de um novo ser, sem pai, fica plenamente rechaçada pelos princípios do bom senso e da razoabilidade que devem nortear a conduta humana”. Dessa forma, ele utiliza como fundamento para seu entendimento, o disposto no artigo 227, da Constituição Federal, que prevê: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança [...] com absoluta prioridade, o direito à [...] convivência familiar”.

O mencionado autor (2012) interpreta o dispositivo supracitado, afirmando que o legislador não previu a possibilidade de concepção uma criança na condição de órfão. Pelo contrário, visou o legislador o modelo triangular de família, qual seja, aquela formada pela existência das figuras do pai, mãe e filho.

Seguindo o mesmo raciocínio, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 733) leciona: “[...] não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direito entre os filhos”.

Por outro lado, outra parte da doutrina defende a possibilidade da reprodução assistida póstuma, fundamentando-se nos princípios da autonomia da vontade, planejamento familiar e igualdade entre os filhos (LEVY, 2011 p. 38).

Portanto, pode-se concluir que o entendimento de Eduardo Leite (2012) e Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003) não deve prevalecer. O fundamento para tanto se encontra no fato de que, apesar de não existir legislação dispendo sobre as técnicas de reprodução assistida, o ordenamento jurídico brasileiro não a proíbe.

Assim, ante a lacuna jurídica existente, utiliza-se as disposições contidas na Resolução do Conselho Federal de Medicina, como será analisado em tópico posterior, as quais fixam parâmetros éticos para utilização de tais técnicas e dispõem sobre a possibilidade de utilização da mesma em situação *post mortem*.

Para reforçar aos que entendem a possibilidade de reprodução medicamente assistida póstuma, convém citar o artigo 42, §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe: “§6º - A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença”.

Posto isso, a morte não pode ser justificativa para extinguir um projeto parental constituído em vida pelo casal. Ainda, a reprodução póstuma não se caracteriza como sendo uma forma de se amenizar a dor da viuvez, mas sim uma maneira de efetivar um projeto familiar construído com tanto amor e carinho pelo casal.

Logo, sobre a técnica da reprodução humana *post mortem*, pode-se afirmar que é possível sua efetivação, desde que haja a existência de um projeto parental e o consentimento do genitor para utilização do seu material germinativo após a sua morte.

Não se pode olvidar, ainda sobre essa questão, que o direito à procriação não envolve apenas o interesse do casal em constituir sua família, mas também afeta os direitos da criança que será concebida por meio da técnica de reprodução assistida e que foi planejada através do projeto parental.

Nesse sentido, convém salientar que o direito à procriação, pautado no livre planejamento familiar, deve estar atrelado com às disposições previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de se proteger os direitos da criança fruto do projeto parental.

Por derradeiro, pode-se concluir que o direito à procriação é um direito fundamental, mas não absoluto, tendo em vista os princípios que o limitam, cabendo ao Estado propiciar aos indivíduos, que possuem enfermidades que os impedem de naturalmente procriar, o acesso às técnicas de reprodução assistida, a fim de formarem a sua família.

2.3 ESTERILIDADE E INFERTILIDADE

A vontade de procriar e constituir família existe desde os primórdios da humanidade. Entretanto, por conta de problemas biológicos, como a esterilidade e a infertilidade, alguns casais não são capazes de procriarem naturalmente. A ciência, buscando solucionar tais problemas, criou técnicas e métodos para que os casais que enfrentam os obstáculos decorrentes da esterilidade e infertilidade pudessem alcançar a tão esperada maternidade e paternidade.

De acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID), a esterilidade e a infertilidade são enfermidades que podem ser submetidas a tratamento. Dessa forma, deve-se ter como premissa que ambas são empecilhos para que casais possam procriar através da concepção natural, tendo em vista que são doenças que atingem homens e mulheres e que impossibilitam a procriação natural e a constituição de família.

A CID, no âmbito de suas classificações, identifica a infertilidade feminina, explicitando que na mesma classificação se enquadra a incapacidade e a esterilidade, com a nomenclatura N.97, bem como enquadra a infertilidade masculina como sendo N.46 (OMS, 2007, p. 689 - 672).

Em uma visão conceitual, pode-se dizer que a esterilidade conjugal seria a incapacidade de ambos os cônjuges, ou de apenas um deles, fecundarem por um período de, pelo menos, dois anos, sem a utilização de qualquer método contraceptivo e com uma vida sexual normal, seja por causas funcionais ou orgânicas. Por outro lado, a infertilidade seria uma incapacidade provocada por disfunções orgânicas ou funcionais que atuam na fecundação e impossibilitam a produção de descendentes, de gerar filhos (LEITE, 1995, p. 29 - 30).

Assim, é possível extrair do conceito supracitado a conclusão de que, pode-se caracterizar a esterilidade como sendo a impossibilidade de produzir o gameta masculino (espermatozóide), o gameta feminino (óvulo) e/ou zigotos (a fusão entre o óvulo e espermatozóide, sendo esta a primeira célula do filho a ser gerado) que sejam viáveis para uma possível gestação. Em suma, estéril é a pessoa que não é capaz de gerar filhos naturalmente, sendo essa situação irreversível.

Por outro lado, caracteriza-se a infertilidade como sendo a existência de alterações nos sistemas reprodutores masculinos e/ou femininos, que dificultam o processo da fecundação, diminuindo as chances de uma gravidez natural, não se falando aqui em impossibilidade absoluta de haver fecundação.

Cabe ressaltar que a esterilidade e infertilidade podem atingir tanto homens quanto mulheres. Todavia, como o objeto principal desse trabalho se refere à inseminação artificial homóloga após a morte do genitor, ou seja, indivíduo do sexo masculino, se torna relevante apenas enumerar as causas dessas doenças que atingem o sexo feminino.

Nesse sentido, pode-se elencar como algumas causas da esterilidade feminina a ausência de ovulação, aparelho reprodutivo hostil ao esperma, bloqueio de trompas, malformações uterinas, como por exemplo a endometriose, as malformações tubárias, dentre outras. Já no tocante a infertilidade, tem-se que a sua causa não é ainda conhecida, não sendo possível, por conta disso, apresentar um rol taxativo, mas pode-se dizer que ela normalmente é provocada por questões de natureza psicológica (MALUF, 2013, p. 194).

Convém salientar que, apesar de conceituadamente serem doenças diferentes, o importante para a problemática apresentada nesse trabalho se encontra no núcleo de ambas as enfermidades, que é o fato de que elas impossibilitam a procriação decorrente do método natural da concepção de um filho.

Assim sendo, a fim de enfrentar e solucionar tais problemas decorrentes destas doenças surge a figura da reprodução humana assistida, que traz consigo as mais diversas e eficazes técnicas que serão escolhidas por um médico especialista no assunto, o qual levará em consideração o problema apresentado individualmente por cada ser humano que recorra a tais técnicas, para que ele possa aplicar o

procedimento que mais se adeque a situação do indivíduo e que seja mais eficiente para poder solucionar o problema enfrentado por ele.

2.4 PRINCIPAIS TÉCNICAS

A reprodução humana assistida é um mecanismo que dispõe de uma série de técnicas que viabilizam a procriação de maneira assexuada, haja vista que elas atingem, normalmente, os casais que possuem, dificuldade de procriar pelo método natural.

Apesar de existirem as mais variadas técnicas, não tem o casal o livre arbítrio de escolher a qual delas irá se submeter, mas sim cabe ao médico analisar minuciosamente a situação que a ele for levada, para que ele possa avaliar as condições e indicar qual o tratamento mais adequado e eficaz (MALUF, 2013, p. 195).

Em suma, explicita Adriana Maluf (2013, p. 198) que: “[...] a reprodução assistida consiste na orientação e assistência para a prática reprodutiva quando os métodos tradicionais não estão atingindo o resultado desejado”.

As técnicas de reprodução humana assistida podem ser agrupadas levando em consideração dois critérios, sendo eles o local onde ocorre a fecundação e a origem dos gametas. Quanto ao local, pode a fecundação ser *in vivo*, sendo aquela que ocorre dentro do organismo feminino ou *in vitro*, sendo aquela que ocorre fora do organismo feminino, em laboratório. Quanto a origem dos gametas, eles podem ser homólogos, quando os gametas utilizados são provenientes de material genético do casal, enquadrando aqui cônjuge ou companheiro, interessado na reprodução ou heterólogos, quando os gametas utilizados são provenientes de terceiros, que não do casal interessado na reprodução (PISETTA, 2014, p. 13-14).

Os termos “fecundação”, “inseminação” e “concepção”, apesar de conceituadamente serem diferentes, englobam todas as técnicas existentes de reprodução assistida que propiciam, através de métodos artificiais, a concepção de um filho (DIAS, 2015, p. 400).

Todavia, para fins de uma melhor compreensão, cabe conceituar os 3 termos supracitados, diferenciando-os uns dos outros, haja vista que por muitas vezes são confundidos e aplicados equivocadamente como se sinônimos fossem.

Fecundação é o procedimento que ocorre na fase da reprodução, que seria a efetiva fertilização do óvulo pelo espermatozóide. A inseminação seria a introdução do material genético masculino, sêmen, ou de um óvulo já fecundado no corpo da mulher. E, por fim, a concepção seria o resultado da união do material genético feminino e masculino, sendo uma fase que ocorre após o processo da fecundação (MALUF, 2013, p. 198).

Importante salientar, que apesar de existir a hipótese de inseminação onde é introduzido um óvulo já fecundado no corpo da mulher, tal questão não será aprofundada pelo fato de não fazer parte da proposta do trabalho, sendo conveniente apenas citar a existência de tal possibilidade e conceitua-la sucintamente.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, tem-se os métodos da inseminação assistida ou fertilização assistida (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2008, p. 88).

Sobre a fertilização *in vitro* (FIV), tem-se que é um mecanismo também conhecido como aquele que origina o “bebê de proveta”.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 24-25) menciona sobre o relatório apresentado em 1984 pela Sociedade Americana de Fertilidade, no qual constam questões éticas da fecundação *in vitro* e que continuam em vigência até os dias de hoje, destacando alguns pontos constantes no supracitado documento:

A fecundação *in vitro* é considerada um procedimento ético para os casos de infertilidade ou esterilidade;
Os casais que se submetem à fecundação *in vitro*, devem assinar, previamente, um termo de consentimento adequado a todas as fases da técnica;
Podem ser realizados exames científicos em embriões doados para esta finalidade, desde que o exame não seja posterior à época em que normalmente ocorreria a implantação, ou seja, até o 14º dia após a fecundação;
Embriões não transferidos para o útero materno não podem se desenvolver em laboratório por mais de 14 dias, devendo ser descartados;
É permitida a criopreservação de embriões com a única finalidade de posterior transferência para o útero materno, não podendo esses embriões serem criopreservados por tempo superior à vida reprodutiva da doadora;
Os embriões não transferidos podem ser doados a outro casal estéril, mas deve haver renúncia a direitos relacionados com a criança a nascer por parte dos doadores, assegurando-se o anonimato entre doadores e receptores;

A doação de esperma é considerada ética e normal para as mulheres cujos maridos são estéreis;

A fertilização *in vitro* é uma técnica de reprodução medicamente assistida onde a fecundação ocorre fora do organismo feminino (*in vitro*), logo, ocorre em laboratório. Para realizar tal técnica é necessário recolher previamente os espermatozóides do homem e o óvulo da mulher para que eles sejam fecundados de forma extra uterina. Após isso, transfere-se para o útero ou trompas de falópio o embrião decorrente da união desses gametas para se dar início a uma possível gestação (ALDROVANDI, 2002, p. 7).

Sintetizando o conceito da Fertilização *in vitro*, diz Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 41) que “[...] é uma técnica capaz de reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de Falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o é transferido para o útero”.

Diante do exposto, cabe dizer que a fertilização *in vitro* substituiu o ato da procriação natural, através de técnicas de laboratório que simulam o processo de fecundação que aconteceria dentro do organismo da mulher. Entretanto, é uma técnica que, apesar de poder gerar resultados satisfatórios, como o nascimento de um filho, ela não cura os problemas que levaram o indivíduo a recorrer a ela, como por exemplo, a esterilidade.

A fertilização *in vitro*, quanto a origem dos gametas, pode ser de natureza homóloga, quando é utilizado na inseminação gametas do casal interessado na técnica de reprodução, sendo a criança gerada considerada filha biológico de ambos. Por outro lado, pode a fertilização ser heteróloga, não tendo a criança gerada vínculo consanguíneo com ambos os pais, mas apenas com um, tendo em vista que o gameta utilizado é proveniente de um terceiro anônimo que se constitui na figura de doador (CHAVES e ROSENVALD, 2012, p. 239).

Outro método bastante comum e um dos mais utilizados nos dias de hoje é a inseminação artificial (IA).

Assim como a fertilização, a inseminação artificial pode ser de natureza homóloga ou heteróloga, a depender da origem dos gametas (BARCHIFONTAINE, 2009, p. 164).

Diferentemente da fertilização, na inseminação não há que se falar em prévia formação de embriões, pois, para realizar tal procedimento, apenas se faz

necessário a disponibilidade do material genético, haja vista que a fecundação ocorrerá *in vivo*, ou seja, dentro do organismo da mulher.

Assim sendo, o método da inseminação artificial nada mais é do que um procedimento intracorpóreo que ocorre através do depósito do sêmen masculino coletado no canal genital feminino. Portanto, a formação do embrião ocorrerá dentro do corpo da mulher, após ter ocorrido a implantação do gameta masculino. Conclui-se, portanto, que a fecundação ocorrerá internamente, dentro do organismo da mulher, não havendo aqui a formação de embrião fora do corpo da gestante, como ocorre na fertilização *in vitro* (COLOMBO, 2012, p. 129).

Ante o exposto, pode-se concluir que as técnicas de reprodução assistida, sucintamente, englobam a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a gestação por substituição, sendo apenas tratado aprofundadamente no presente trabalho a inseminação artificial, que é objeto central da pesquisa.

2.5 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial é a técnica que atinge a problemática central do presente trabalho. Tal procedimento é normalmente utilizado por casais que sofrem problemas de infertilidade, podendo ocorrer na forma de coleta do sêmen e imediata transferência para as vias genitais femininas ou na figura do sêmen criopreservado, para posterior implantação.

É relevante pontuar que tal procedimento insiste na implantação do material genético no corpo da mulher, ocorrendo todo o processo de fecundação *in vivo*, ou seja, dentro do próprio corpo feminino.

Heloisa Helena Barbosa (1993, p. 45), em poucas palavras, conceitua a inseminação artificial como sendo “[...] a introdução de esperma no aparelho genital de uma mulher por todos os outros meios que não a relação sexual”.

Sucintamente, quanto às classificações da inseminação artificial, pode-se dizer que ela seria homóloga, quando realizada com o material genético do casal ou heteróloga, quando realizada com a doação de sêmen feita por um terceiro, que não o marido (BARBOZA, 1993, p. 45-46).

Todavia, analisando a epistemologia do termo utilizado nas classificações, Heloisa Helena Barboza (1993, p. 46-47) expõe que a nomenclatura mais adequada a ser utilizada no campo jurídico seria a inseminação artificial matrimonial, que é realizada para as mulheres que são casadas e a qual se subdivide em conjugal, se o material genético utilizado for do marido e extraconjugal ou hetero-inseminação se o material genético utilizado for aquele doado por um terceiro. Ainda, o outro termo mais adequado a ser utilizado seria o de inseminação artificial extramatrimonial, a qual seria realizada nas mulheres que fossem solteiras ou viúvas.

Importante ressaltar que, atualmente, a união estável, embasada nos preceitos do artigo 226, §3º da Constituição Federal, é considerada como entidade familiar. Dessa forma, se a nomenclatura utilizada fosse a da “inseminação artificial matrimonial”, englobaria também as mulheres que se encontrassem em condição de companheira e não de cônjuge.

Todavia, apesar da reflexão epiproposta por Heloisa Helena Barboza (1993), já está convencionado e são mais utilizados os termos inseminação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga.

Por derradeiro, esclarecidas as premissas iniciais, tem-se que analisando a inseminação sob o enfoque da natureza dos gametas, pode-se dividi-la em procedimento de inseminação artificial homóloga e procedimento de inseminação artificial heteróloga, sendo tal distinção extremamente relevante do ponto de vista jurídico.

2.5.1 Heteróloga

A inseminação artificial heteróloga ocorre quando há doação de material biológico por parte de um terceiro alheio ao casal. Geralmente, ela ocorre quando o casal, seja o homem ou a mulher, por conta de uma esterilidade, sofre com a impossibilidade de gerar filhos, sendo este o motivo pelo qual se faz necessária a doação do material genético de uma terceira pessoa.

É importante salientar que o material genético utilizado nesse procedimento advém de uma terceira pessoa e por conta disso, a criança concebida só terá vínculo consanguíneo com relação ao pai ou a mãe.

Quando se utilizar do gameta masculino doado por um terceiro, que não o do marido ou companheiro, para que seja realizado o procedimento da inseminação artificial, implantando-se o material genético doado no útero da mulher a fim de se gerar uma criança, é notável que não haverá vínculo biológico, consanguíneo entre o marido ou companheiro e a criança concebida.

Assim, para evitar problemas de paternidade, dispõe o Código Civil de 2002, quanto às relações de parentesco, em seu artigo 1.597, V: “Art. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Posto isso, é importante dizer que a técnica da inseminação artificial é permitida pelo ordenamento jurídico, podendo se gerar filhos através delas quando não for possível concebê-los naturalmente.

Quanto ao critério da filiação para os filhos concebidos através da técnica da inseminação heteróloga, por conta da não existência do critério consanguíneo, ou seja, como a filiação não pode ser comprovada através da compatibilidade da identidade genética dos pais com a criança, será necessária uma prévia autorização do marido, devendo ele declarar sua vontade, exteriorizar que consente com tal técnica, a fim de ser possível presumir a paternidade perante essa criança levando em consideração o critério afetivo e a vontade expressa pelo casal.

Reforça Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 649) que deve essa autorização ocorrer de maneira expressa e escrita.

Logo, conclui-se que a autorização do marido no procedimento heterológico, de acordo com o Código Civil de 2002, é suficiente para presumir sua paternidade, tendo em vista a impossibilidade da comprovação de paternidade através de um exame de DNA, haja vista que fora utilizada no procedimento da inseminação material genético de terceiros.

Por haver nesse procedimento a participação de um terceiro, dispõe o Conselho Federal de Medicina em sua resolução n. 2.168/2017, seção IV sobre Doação de Gametas ou Embriões:

- 1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do (a) doador (a).

Logo, é possível extrair desse conteúdo supracitado que a participação de terceiro deve ocorrer sempre de maneira gratuita e sigilosa.

Quanto ao elemento da gratuidade presente nas técnicas de reprodução assistida, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 793) expõe que “[...] de nenhum modo é admissível, no direito brasileiro, a efetivação de pagamento em retribuição ao fornecimento de sêmen, óvulo e embrião, diante do tratamento jurídico existente em matéria de disposição das partes do corpo humano [...]”.

Sobre o elemento do sigilo, tem-se que ele é o aspecto basilar da técnica heteróloga. Nesse sentido, aduz Genival Veloso de França (2013, p. 371) que “um dos aspectos de maior relevância na execução de uma reprodução assistida é, sem dúvida, a imposição do sigilo profissional como forma de proteção a todos aqueles que estão envolvidos nesta prática médica”.

Ainda sobre o sigilo e o anonimato, no que se refere às pessoas envolvidas na utilização das técnicas de reprodução assistida, quais sejam, os médicos, o doador e o casal, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 800-801) expõe que deve haver:

- a) o sigilo do procedimento médico da reprodução assistida heteróloga, próprio das intervenções dos profissionais da Medicina no desempenho de suas altas missões quanto ao tratamento e tentativa de cura dos seus pacientes;
- b) o anonimato do doador, bem como o próprio anonimato do casal e da criança a nascer;

Existem discussões acerca da possibilidade de se quebrar esse anonimato, mas tal questão não faz parte da proposta do trabalho. Todavia, sobre esse tema é importante pontuar, tendo como base a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que existe uma possibilidade de quebra parcial desse sigilo do doador, apenas em favor dos médicos, resguardando a sua identidade civil perante os outros envolvidos, em caso de enfermidade, haja vista que há um bem jurídico envolvido maior do que o sigilo, o qual seria a vida.

Em outro sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, em seu artigo 48, afirma:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada sua orientação e assistência jurídica e psicológica.

Dessa forma, baseado nos dizeres do Estatuto da Criança e do Adolescente, parte da doutrina compreende que seria possível a quebra do anonimato, sob a justificativa do poder dado ao sujeito de pleitear o conhecimento de sua origem biológica, leia-se, sua identidade genética, que, apesar de ser discussão relevante na sociedade atualmente, não faz parte do objeto do trabalho.

Apenas a título de tecer comentários e destacando-se a suma importância do direito à identidade genética, Genival Veloso de França (2013, p. 371) elucida que “[...] o “direito à identidade genética” está fundamentado na dignidade da pessoa humana”.

Ainda, importante salientar que o direito à filiação é consagrado pela Constituição Federal como um direito fundamental do indivíduo. Assim sendo, o direito à identidade genética não pode ser negado ao indivíduo que queira conhecer a sua origem (NALINI, 2009, p. 223).

Ante o exposto, deve-se fixar a premissa de que seria possível essa quebra do anonimato em casos de direito ao reconhecimento de ascendência genética e enfermidade, mas não há a possibilidade para fins de se constituir filiação.

Outro ponto de extrema relevância nesses casos de inseminação heteróloga é a importância do elemento da vontade, haja vista que a autorização do marido é indispensável e considerada como critério de presunção de paternidade. Posto isso, mister se faz citar o princípio do *Venire Contra Factum Proprium*, que nas palavras de Chaves e Rosenvald (2011, p. 753):

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa.

Nesse mesmo sentido, adequando o *Venire Contra Factum Proprium* à realidade da técnica de reprodução assistida heteróloga, corrobora Mônica Aguiar (2005, p. 97/98):

Ao prestar o consentimento necessário à realização de ato médico destinado à procriação assistida, a pessoa exerce um direito potestativo apto ao estabelecimento de uma situação jurídica de filiação, que não pode mais, por sua vontade em sentido oposto, desconstituir.

Em síntese, é possível concluir do conceito supracitado que, para fins de filiação não mais prevalece apenas o critério biológico, sendo a vontade e o critério afetivo fatores de extrema relevância para determiná-la e, conseqüentemente determinar a paternidade e a maternidade.

A exteriorização de vontade para se realizar tal técnica, acarreta em uma imediata responsabilização relativa ao poder familiar, não sendo possível a realização de um comportamento contraditório, com fins de se reverter uma situação jurídica anteriormente desejada que, nesse caso, seria a procriação e a conseqüente filiação do ser concebido (AGUIAR, 2005, p. 198).

Ainda analisando o *Venire Contra Factum Proprium*, dispõe o Enunciado n. 362, da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal que: “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos artigos 187 e 422 do Código Civil”.

Pelo disposto no enunciado, é passível se chegar a conclusão de que o *Venire Contra Factum Proprium* está intimamente ligado à questão da boa-fé. Presume-se a paternidade pela autorização do marido, presume-se a boa-fé na declaração de sua vontade de conceber um filho. Logo, a proibição do comportamento contraditório é fundamental, pois esse princípio incide de maneira imediata, a partir do momento em que o marido expressa sua vontade e autoriza a realização do procedimento da inseminação heteróloga.

Uma vez autorizado o procedimento não pode, em hipótese alguma, o sujeito voltar atrás, tendo em vista que a autorização, como dito anteriormente, é o critério que presume a filiação, não podendo o sujeito “desistir” de ser pai do filho concebido por tal técnica, a fim de se assegurar os direitos inerentes à criança.

2.5.2 Homóloga

No que se refere ao método da inseminação artificial homóloga, tem-se que a mesma ocorre utilizando-se material genético do próprio casal que recorreu a tal técnica. Normalmente, ela é utilizada por casais que sofrem com problemas de infertilidade, enfermidade a qual dificulta a fecundação por meio da concepção natural.

Como já fora dito, o procedimento da inseminação consiste em ser a utilização de um cateter, o qual irá introduzir o gameta masculino, espermatozóide, no canal genital da mulher e, sendo os gametas de natureza homóloga, o material genético utilizado pertence ao casal que recorreu a tal técnica (MALUF, 2013, p. 198).

No tocante a filiação desse filho concebido por meio da inseminação artificial homóloga, o fato do material genético utilizado pertencer ao casal, tem-se que a identidade genética da criança é 100% compatível com a dos pais. Assim sendo, trata-se aqui de uma filiação advinda do critério biológico, já que o filho concebido é fruto do gameta masculino e feminino do casal (ALDROVANDI, 2002, p. 3).

Importante pontuar que, as técnicas de reprodução assistida não estão restritas apenas aos casais que contraíram o matrimônio, estando tal premissa fundamentada pela Constituição Federal, a qual reconhece como entidade familiar a união estável (NALINI, 2009, p. 224).

Logo, deve-se concluir que o direito de constituir família, alcançando a maternidade e a paternidade está resguardado para todos os indivíduos, ou seja, solteiros, casados, companheiros, heterossexuais e homossexuais.

Por fim, é relevante frisar que no tocante a inseminação artificial homóloga, é dispensável o consentimento do genitor para que lhe seja atribuída a paternidade, posto que é o critério biológico que prevalece.

2.6 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

A inseminação artificial homóloga *post mortem* é o elemento nuclear do presente trabalho. Apesar de permitida, o momento de sua realização traz inúmeras

problemáticas e discussões ainda sem entendimento positivado, principalmente no tocante aos direitos sucessórios do filho concebido.

O Código Civil de 2002 permite a utilização das técnicas de procriação assistida, presumindo a paternidade e a filiação da criança, sendo elas acessíveis aos casais que sofrem com problemas de esterilidade ou infertilidade, não havendo abertura para se falar em existência de lacuna jurídica diante de tais situações.

Todavia, como fora explicitado reiteradamente, a problemática surge quando a temática envolve a inseminação artificial homóloga *post mortem*, a qual ocorre após a morte do genitor, seja ele o cônjuge ou companheiro. Cabe dizer, que é extremamente viável tal procedimento *post mortem*, tendo em vista a possibilidade da criopreservação do sêmen.

A criopreservação é uma técnica de congelamento ou resfriamento que possibilita uma durabilidade e conservação do material genético, espermatozóides e óvulos, podendo ele ser utilizado nas técnicas de reprodução assistida (FERNANDES, 2005, p. 38).

Nessa linha, leciona Guilherme Gama (2003, p. 732):

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

Logo, é possível haver a utilização do material genético criopreservado para fins de reprodução assistida, ainda que passados anos da morte do seu genitor.

Quanto ao tempo máximo o qual poderá o material genético ser conservado, não há consenso e vários países ao legislar sobre o tempo delimitam prazos diferentes. A título de demonstração, a lei da Noruega nº 56/ 94 estipula prazo máximo de 3 anos, a lei da Espanha nº 35/88 tem como prazo limite 5 anos e a lei austríaca nº 275/92 não admite o congelamento do material genético por meio da criopreservação por prazo maior que o de 1 ano (FERNANDES, 2005, p. 38-39).

Sobre a criopreservação, o Conselho Federal de Medicina em sua resolução n. 2.168/2017, seção V, dispõe:

1 – As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos.

3 – No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

De acordo com o disposto na resolução, pode-se concluir que há admissibilidade para se utilizar da técnica da criopreservação.

Por outro lado, mister se faz salientar que a resolução reforça o quão relevante é expressar a vontade, através de meio escrito, no tocante ao destino dado ao material genético criopreservado.

Todavia, deve-se atentar para um ponto de extrema importância no tocante à utilização da técnica da criopreservação do material genético, o qual seria a sua finalidade. Quando fora utilizada a técnica da criopreservação com a finalidade de procriação, terá-se a licitude em sua utilização. Por outro lado, qualquer outra finalidade para o congelamento de material genético que não for a reprodução humana, constituirá crime.

Nesse sentido, a lei brasileira de biossegurança nº 11.105/2005, em seu capítulo VIII “Dos crimes e das Penas”, prevê:

Art. 24. – Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei;

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

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

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

Art. 26. – Realizar clonagem humana;

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

Logo, conclui-se que permite-se a técnica da criopreservação desde que a mesma esteja sendo utilizada unicamente com a finalidade de procriação, sob pena de se constituir crime, como prevê a Lei brasileira de biossegurança nº 11.105/2005 (FERNANDES, 2005, p. 39).

Para concluir as breves pontuações feitas sobre a técnica da criopreservação, é imprescindível para sua utilização a anuência do casal que irá se submeter a tal procedimento, devendo ser claramente informado aos mesmos sobre todos os riscos os quais o material genético criopreservado está submetido, tendo em vista que o congelamento e o descongelamento pode acarretar na diminuição da qualidade ou pode vir a ocasionar a morte dos gametas e embriões (FERNANDES, 2005, p. 39-40).

Sobre o assunto da inseminação artificial homóloga póstuma, dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, III: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Pela interpretação literal do artigo, é possível perceber que é permitido a utilização da técnica da inseminação artificial homóloga, ainda que após a morte do marido. É importante salientar que o Código Civil de 2002 nada dispõe sobre a necessidade de autorização do marido para utilização de tal técnica. Entretanto, a doutrina vem entendendo que se faz necessário o consentimento expresso do marido antes da sua morte para que seja possível a inseminação *post mortem*.

A necessidade da autorização expressa do genitor para utilização do material criopreservado por sua mulher após a sua morte será discutida oportunamente em tópico posterior.

Por fim, cabe dizer que a utilização da inseminação artificial *post mortem* pode ser aplicada nas mais diversas situações em que se encontra o indivíduo. Tais técnicas podem ser utilizadas por mulheres na condição de viúva, solteira, separada, divorciada, casada e em união estável.

2.7 DISCIPLINA NORMATIVA SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Não há que se falar em legislação brasileira dispondo sobre a reprodução humana medicamente assistida. Essa lacuna jurídica existente traz uma enorme insegurança jurídica e comprova que o legislativo não é veloz o suficiente para acompanhar os constantes avanços e mudanças da sociedade.

Convém salientar que, a ausência de uma disciplina normativa acerca das técnicas de reprodução humana assistida, acarretou em inúmeras discussões doutrinárias que envolviam aspectos éticos, filosóficos, científicos, jurídicos, médicos, com o escopo de encontrar os efeitos jurídicos que delas decorriam para poder regulamenta-los.

O Brasil é desprovido de uma legislação infraconstitucional sobre a reprodução humana medicamente assistida e necessita de uma lei que a regule no seu quadro legislativo nacional.

Atualmente, além da Constituição Federal, base de todo o ordenamento jurídico, utiliza-se como parâmetros, ante a inexistência de disposição legal, a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre alguns aspectos e critérios de utilização da reprodução humana assistida, bem como sobre os princípios gerais, usuários das técnicas, reprodução assistida *post mortem*, criopreservação e outros itens.

Convém salientar, que o teor dos dispositivos previstos na Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é o que mais se aproxima de disposições com força normativa (FERNANDES, 2005, p. 117).

Silvia da Cunha Fernandes, sobre a Resolução do Conselho Federal de Medicina expõe que “Essa resolução dispõe sobre os princípios gerais que devem nortear a utilização de qualquer das técnicas, dando ênfase ao consentimento informado e proibindo a fecundação com outra finalidade que não a procriação humana” (2005, p. 117-118).

Ante o exposto, mais uma vez, é reforçada a existência da necessidade do consentimento expresso a submissão de tais técnicas pelos envolvidos, bem como a estrita associação para com a finalidade do uso de tais técnicas, qual seja, a procriação humana.

Ainda, tem-se o Código de Ética Médica (1988) que não regula ou delimita a reprodução humana assistida, apenas se refere a necessidade da anuência dos envolvidos (BARCHIFONTAIN, 2009, p. 167-168).

Nesse diapasão, prevê o Código de Ética Médica (1988) sobre procriação assistida em seus artigos 67 e 68:

Art. 67 – Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre os métodos contraceptivos ou conceptivos, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método;

Art. 68 – Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento;

Diante dessa inexistência de legislação específica, há que se falar em diversos Projetos de Lei (PL) que visam regulamentar as técnicas de reprodução assistida.

Dentre os projetos de lei existentes, destacam-se o PL 1.184/03, PL 2.855/97, PL 120/03, PL 90/99 e o PL 3.638/93.

Analisando individualmente cada projeto e os relacionando com as diretrizes contidas na Resolução do Conselho Federal de Medicina, é possível identificar posicionamentos diferentes em diversos âmbitos no tocante a reprodução humana medicamente assistida.

O PL 3.638/93 tem por sua autoria o Deputado Luiz Moreira. Tal proposta apresentava diretrizes em torno da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, mais especificamente, a fertilização *in vitro*, inseminação artificial e gestação de substituição. Todavia, não obteve aprovação, logo, fora arquivada (FERNANDES, 2005, p. 118).

O PL 2.855/97 fora apresentado pelo Deputado Confúcio Moura. O teor da proposta continha normas referentes a utilização das técnicas de reprodução assistida, abrangendo mais aspectos, tais quais o destino do embrião criopreservado, autorizando-se seu descarte, autoriza a doação de gametas, bem como privilegia mulheres solteiras e casais no que se refere ao gozo de tais técnicas, dentre outras disposições (MALUF, 2013, p. 207).

Por sua vez, importante salientar, que fora o PL 2.855/97 apensado ao PL 1.184/2003, cuja autoria é do Senador José Sarney. Tal projeto especifica disposições que estavam indeterminadas. Como forma de demonstração, o PL 2.855/97 não delimitava sobre um número máximo referente aos embriões que poderiam vir a ser produzidos, bem como nada dispunha sobre a possibilidade ou impossibilidade da ruptura do sigilo do doador em caso de necessidade clínica. Por outro lado, o PL 1.184/2003 dispunha que o número máximo de embriões que poderiam vir a ser produzidos seria de 2, bem como possibilitava a ruptura do sigilo do doador em caso de necessidade clínica (MALUF, 2013, p. 207).

O PL 90/99 fora apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara. Seu teor continha disposições referentes aos princípios gerais da procriação assistida, frisava a necessidade da existência do consentimento dos envolvidos, filiação, crimes referentes a utilização de tais técnicas, bem como as clínicas e os profissionais que estariam aptos a aplicar esses mecanismos de reprodução medicamente assistida.

Todavia, também fora arquivado, não obtendo aprovação (FERNANDES, 2005, p. 119).

O PL 120/2003 foi instituído pelo Deputado Roberto Pessoa. Tal proposta englobava aspectos referentes às investigações de paternidade frente aos indivíduos concebidos por meio do procedimento da procriação medicamente assistida. Dentro desse contexto, carece de disposições de diversos aspectos, como destino do embrião excedentário, gestação por substituição, mas prevê a permissibilidade em se romper o sigilo do doador em caso de necessidade clínica (MALUF, 2013, p. 207-208).

Após citar as particularidades do teor apresentado por cada projeto de Lei, Silvia da Cunha Fernandes analisa comparativamente as individualidades dos projetos de lei 3.638/93, PL 2.285/97 e PL 90/99 com a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ante tal análise comparativa, destacando os pontos relevantes para o tema central do presente trabalho, pode-se demonstrar que fora obtido por Silvia da Cunha Fernandes os seguintes resultados, dos quais pode-se destacar alguns, quais sejam (2005, p. 119-122):

[...]

b. Todos os três projetos, bem como a Resolução, dispõem que a aplicação das técnicas de reprodução assistida deve se restringir ao auxílio na resolução de problemas de infertilidade; sendo que o projeto de lei do Senador Lúcio Alcântara ainda prevê a aplicação dessas técnicas para prevenir doenças genéticas ligadas ao sexo;

d. Em relação aos usuários das técnicas, a Resolução e o projeto do Deputado Luiz Moreira dispõem que toda mulher capaz pode ser usuária das técnicas de reprodução assistida; já o projeto do Deputado Confúcio Moura coloca expressamente que toda a mulher capaz *independente do estado civil* (grifo nosso) pode ser usuária das técnicas; o projeto do Senador Lúcio Alcântara dispõe que somente os cônjuges ou os companheiros capazes em união estável podem utilizar-se das técnicas de reprodução assistida;

e. Relativamente ao consentimento informado, este é obrigatório para os pacientes e os doadores, sendo que somente o projeto de lei do Deputado Confúcio Moura dispõe sobre a exigência de um formulário especial para tanto;

i. A resolução nº 1.358/ 92 e os projetos dos Deputados Luiz Moreira e Confúcio Moura admitem a criopreservação de gametas e pré-embriões, com a obrigatoriedade do consentimento, sendo que os dois primeiros não estipulam o prazo de criopreservação, que no último é de, no máximo, 5 anos; o projeto do Senador Lúcio Alcântara autoriza a criopreservação somente para gametas pelo prazo de 2 anos, proibindo a de pré-embriões;

j. A inseminação *post mortem* é considerada crime pelo projeto do Senador Lúcio Alcântara, obrigando o descarte de gametas em caso de falecimento do doador; no projeto do Deputado Confúcio Moura impõe-se que o casal determine o destino do material conservado em caso de morte do doador; a

Resolução, bem como o projeto do Deputado Luiz Moreira não proíbem nem permitem expressamente esse tipo de inseminação, mas, pelos princípios gerais, depende de consentimento em vida;
[...]

Ante o exposto, é possível concluir a lacuna jurídica existente ante a falta de uma legislação infraconstitucional dispendo sobre as técnicas de reprodução assistida.

Ainda, analisando as particularidades de cada projeto de lei apresentado, vê-se o quão parco é seu o teor no tocante ao controle das técnicas de procriação assistida, bem como é possível perceber que alguns aspectos previstos divergem do Código Civil, fato o qual traria uma imensurável segurança jurídica à sociedade (FERNANDES, 2005, p. 123).

Nesse diapasão, se assim fosse, os projetos de lei iriam contra a seu objetivo principal, o qual seria uma regulamentação das técnicas de reprodução assistida e uma maior segurança jurídica para com os direitos dos cidadãos que queiram utilizar de tais procedimentos.

Aduz Heloisa Helena Barbosa (1993, p. 112) que diante da complexidade do tema em questão, é imperioso que haja uma legislação disciplinando as técnicas de reprodução humana assistida, com enfoque na inseminação artificial e fertilização *in vitro*, vedando as práticas consideradas inaceitáveis e atentando-se em todos os momentos para os princípios existentes no ordenamento jurídico.

Sobre a ausência de legislação regulamentando as técnicas de reprodução assistida, Maria Helena Diniz (2011, p. 673) conclui:

[...] ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, freando, assim, a atividade jurisdicional, que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III), diretrizes do Código de Ética médica, arts. 15, 16 e 99 e as da Resolução do CFM n. 1.957/2010”

Ante o exposto, é possível concluir que, enquanto não houver legislação dispendo sobre as técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito jurídico, as questões que emanam desses procedimentos deverão ser tratadas sob a luz de posicionamentos doutrinários e sobre a análise hermenêutica dos dispositivos que, deixam a desejar, mas dispõem sucintamente de algumas dessas questões (HIRONAKA, 2009, p. 57).

Nessa mesma linha, defende Maria Helena Diniz (2011, p. 672) que, enquanto não for promovida legislação regulamentando a reprodução humana assistida, a atuação

do judiciário será limitada e irá se pautar nos princípios gerais do direito, devendo sempre respeitar a dignidade da pessoa humana, as diretrizes do Código de Ética Médica e a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Deveras, como aduz a referida autora (2011), o poder legislativo deve ter muito cuidado na criação de uma lei dispendo sobre as técnicas medicamente assistidas, tendo em vista que ao estabelecer as normas que irão reger tais situações, deve sempre se atentar no respeito ao direito à vida, à saúde e a concretização da dignidade da pessoa humana.

Sem abertura para discussões, é imprescindível a existência de normas que regulem a utilização das técnicas de reprodução assistida, a fim de que elas sejam aplicadas com maior eficiência e, com relação aos usuários, que eles tenham todos os direitos inerentes e decorrentes dessas técnicas resguardados.

2.8 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO

As técnicas de reprodução humana medicamente assistida acarretam em diversos aspectos do âmbito jurídico. Questões em torno de autonomia da vontade, direito à procriação, à uma vida digna, direitos da criança, parentalidade e filiação são esferas em que tais técnicas influem diretamente.

Consoante dizeres de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2005, p. 172), no que se refere à inseminação artificial homóloga *post mortem*: “No Brasil, não temos legislação proibitiva da inseminação *post mortem* [...], tampouco existe lei admitindo tal prática”.

Dessa maneira, diante da ausência de uma legislação brasileira específica regulando a prática da mencionada técnica e resguardando os direitos da criança concebida pela inseminação artificial homóloga póstuma, vem-se utilizando como parâmetros os dispositivos da Resolução do Conselho Federal de Medicina, a Constituição Federal e os seus princípios fundamentais e o Código Civil.

Sobre a Resolução do Conselho Federal de Medicina, diploma que mais dispõe sobre os requisitos e a possibilidade da reprodução humana assistida, tem-se que,

como sendo uma “Resolução”, são meros padrões de conduta, normas que guiam a atividade na seara médica. Dessa maneira, não possuem cogência, característica inerente às normas jurídicas. Fundamento que intensifica a justificativa da necessidade de uma legislação (LEITE, 2012, p.194/195).

Assim, pode-se dizer que os diplomas citados anteriormente não são suficientes para regular a prática e os efeitos de uma situação tão complexa quanto à inseminação artificial homóloga póstuma, sendo imprescindível a criação de uma legislação dispendo sobre tal assunto.

Como sendo a reprodução humana assistida uma situação que atinge o mundo como um todo, não apenas o Brasil, interessante seria fazer uma análise das legislações dos outros países, se atentando principalmente no que cada um dispõe sobre a inseminação artificial póstuma.

2.8.1 França e Alemanha

Inicialmente, cabe pontuar que a situação da inseminação artificial *post mortem* ocorreu primeiramente na França com o famoso “Caso Parpelaix” em 1984, onde uma viúva solicitou perante o *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, a devolução pelo Banco de semên do material genético congelado do seu companheiro ora falecido, o qual estava negando a devolução do material genético. Tal situação causou uma ampla batalha judicial, tendo em vista que envolvia uma questão inovadora, qual seja, a inseminação póstuma, e por conta da ausência de previsão legal sobre o assunto (LEITE, 2012, p. 190/192).

No sistema jurídico francês, tem-se a a lei francesa nº 94-654 de julho de 1994, que prevê o direito do casal de ter acessos às técnicas de reprodução humana assistida, mas, em contrapartida, impõe diversas condições. Dentre as condições trazidas pela lei, vale destacar algumas, sendo elas: apenas possuem o direito ao acesso às técnicas de reprodução assistida pessoas casadas ou em união estável; somente é possível utilizar as técnicas de reprodução assistida casais que sofram de infertilidade diagnosticada ou casal fértil, mas que padeça de doença hereditária, logo, o acesso às técnicas não é livre e incondicionado; o casal deve estar vivo para realizar a inseminação, ter idade de procriar e manifestar consentimento sobre o uso

da técnica, após ser informado sobre seus aspectos e consequências (GAMA, 2003, p. 248/249).

Diante das imposições trazidas pela lei francesa e comparando-as com as disposições do ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se várias incoerências. A primeira, está no fato de que o ordenamento brasileiro reconhece no artigo 226, §4º da Constituição Federal a família monoparental, logo, embasado também no preceito constitucional do livre planejamento familiar, o direito à procriação pode ser exercido por uma pessoa sozinha, desde que observadas às condições necessárias de prover para a criança uma vida digna. Assim, no Brasil, as técnicas de reprodução assistida não se restringem apenas aos casais, como ocorre na França.

Um segundo ponto, sendo este o mais relevante para o tema em pesquisa, está no fato de que a França não autoriza a inseminação artificial *post mortem*, tendo em vista a exigência da legislação francesa do casal estar vivo para se submeter a inseminação. Tal disposição não prospera no Brasil, tendo em vista que o seu Código Civil em seu artigo 1.597, III autoriza o procedimento da inseminação artificial homóloga póstuma, dispondo ainda sobre o critério de paternidade.

Assim, diante do que fora anteriormente exposto e fazendo uma análise comparativa da referida lei francesa com o atual ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que as disposições da lei francesa não se enquadram na realidade brasileira.

No tocante à legislação Alemã, tem-se como documento inicial o Relatório Benda, o qual sempre fora contrário às técnicas de procriação medicamente assistida, admitindo-as apenas em situações especiais, desde que satisfeitas exigências médicas. Posteriormente, em 1990, fora aprovada a Lei de Proteção de Embriões, que proibia a inseminação artificial homóloga *post mortem*, vedando a possibilidade de utilização do esperma criopreservado após o falecimento do seu doador (LEITE, 2012, p. 200).

Por fim, pode-se concluir que a legislação Alemã, assim como a francesa, está em dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro, além de estarem contra o defendido neste trabalho, que seria a possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem* e a proteção aos direitos da criança concebida através dessa técnica.

2.8.2 Inglaterra

Sobre a reprodução humana assistida, fora publicado na Inglaterra em 1984 o Relatório Warnock, o qual permitia o acesso às técnicas os casais inférteis para fins de procriação. Todavia, o relatório possuía restrições e trazia algumas recomendações, sendo relevante destacar a restrição do acesso a qualquer das técnicas de reprodução medicamente assistida à mulher sozinha ou àquelas que têm relacionamento homossexual (GAMA, 2003, p. 327/328).

Posteriormente, em 1987, sobreveio o "*Family Law Reform Act*", que embora permitisse expressamente a inseminação artificial homóloga *post mortem*, não atribuía a paternidade do marido falecido à criança concebida mediante tal técnica (LEITE, 2012, p. 200).

Analisando o ordenamento britânico, pode-se dizer que o impedimento ao acesso às técnicas de reprodução assistida por mulheres sozinhas viola preceitos constitucionais do ordenamento brasileiro. No Brasil, a Constituição Federal em seu artigo 226, §4º reconhece como entidade familiar a família monoparental, tendo em vista que as transformações sociais vêm modificando e ampliando os modelos de família na atualidade. As mudanças das relações sociais no ambiente familiar alteraram o conceito clássico triangular de família, ampliando-o e atualmente no cenário familiar brasileiro são reconhecidas diversas novas entidades familiares, como a família monoparental, pluriparental, anaparental. Assim, sendo o direito à procriação um reflexo do preceito constitucional do livre planejamento familiar, uma consagração da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, saúde e liberdade e as técnicas de reprodução humana assistida podem abarcar todas as pessoas, sozinhas ou em comunhão.

Por fim, ainda que na Inglaterra seja possível a inseminação artificial homóloga *post mortem*, não há o reconhecimento dos direitos de filiação e, por consequência, sucessórios da criança concebida. Ora, de acordo com o ordenamento brasileiro tal disposição seria inconstitucional, pois violaria o direito fundamental à herança e os princípios da igualdade absoluta entre os filhos e dignidade da pessoa humana.

2.8.3 Espanha

Na Espanha, tem-se a lei espanhola nº 35 de 1988 que dispõe sobre as técnicas de reprodução medicamente assistida. A mencionada lei permite que qualquer mulher pode utilizar as técnicas de reprodução assistida, independentemente do seu estado civil ou opção sexual e estabelece a filiação das crianças nascidas através desses procedimentos. No tocante a técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem*, tem-se que a lei espanhola permite o procedimento, sob a justificativa de que a Constituição Espanhola assegura o direito de procriar, ou seja, o direito da pessoa ao livre desenvolvimento de sua personalidade (GAMA, 2003, p. 268/270).

Em contrapartida, nas explicações de Eduardo de Oliveira Leite (2012, p. 200) e Guilherme Gama (2003, p. 271), apesar da lei espanhola permitir o procedimento da inseminação homóloga póstuma, ela não reconhece a filiação da criança oriunda desse procedimento, salvo nos casos em que a inseminação ocorre antes do falecimento ou se o falecido tiver consentido em escritura pública ou testamento e expressado claramente que o material genético por ele deixado poderá ser usado após o seu falecimento para inseminar sua esposa, situação na qual a criança concebida terá os mesmos efeitos legais da filiação matrimonial.

Dessa maneira, pode-se dizer que as disposições do ordenamento espanhol é a que mais se aproxima da realidade brasileira, tendo em vista que se embasa na ideia do direito ao livre planejamento familiar e permite a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, assegurando os direitos inerentes às crianças concebidas através da referida técnica.

3 A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E OS IMPACTOS NO INSTITUTO DA FILIAÇÃO

É importante tecer comentários sobre o instituto da filiação, haja vista que as discussões das técnicas de reprodução assistida não giram apenas em torno dos casais inférteis e estéreis. Além de propiciar o acesso a tais técnicas para esses casais, é relevantíssima a discussão sobre o enfoque sobre qual classificação de filiação viria a se enquadrar a criança concebida, bem como a garantia dos seus direitos.

As técnicas de reprodução assistida, por serem homólogas ou heterólogas a depender da origem do material genético, possuem critérios determinantes de filiação distintos.

Ao se tratar de inseminação homóloga, terá-se como critério da filiação o fator biológico, tendo em vista o vínculo genético da criança concebida com seus pais. Por outro lado, ao se tratar da inseminação heteróloga, terá-se como critério da filiação o elemento volitivo e a presunção da paternidade, que seria imposta pelo legislador se atendidas algumas condições legais.

Por fim, além dos impactos provocados na filiação, as discussões acerca das técnicas de reprodução humana assistida atingem também o instituto da parentalidade.

Posto isso, é de extrema importância esclarecer pontos e tecer comentários sobre a parentalidade, para que sejam melhor demonstradas as relações parentais e o vínculo estabelecido entre os pais e a criança que será concebida por meio dessas técnicas medicamente assistidas.

3.1 A FILIAÇÃO E O PARENTESCO

As técnicas de reprodução humana assistida influenciam diretamente nos institutos da paternidade e da filiação.

Apenas para elucidar as classificações de família, diz-se que elas são formadas pelos indivíduos que as compõem, os quais compartilham entre si um vínculo biológico, legal ou afetivo.

Na compreensão de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 41-42), sucintamente ele separa as classificações de família em dois grupos, que seriam: constitucional e não constitucional. Entende-se como famílias constitucionais aquelas consagradas e previstas pela Constituição Federal em seu artigo 226, que seriam as formadas pelo casamento, união estável do homem com a mulher e a monoparental que seria formada pela mãe ou pelo pai junto com seus descendentes. Por sua vez, a categoria da família não constitucional englobaria todas as outras que não foram citadas pelo constituinte. O supracitado autor cita como exemplo as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.

Hodiernamente, o conceito de família é muito mais amplo e engloba uma pluralidade de situações fáticas que acompanham as mutações sofridas pela sociedade ao longo dos anos.

A constituição da família não mais se restringe ao vínculo biológico. As relações afetivas, o respeito e o carinho que são construídos através da convivência entre as pessoas, se tornam, muitas vezes, um vínculo muito mais forte do que a simples compatibilidade consanguínea.

Sobre a repersonalização contemporânea das relações familiares, Paulo Lôbo (2011, p. 27) entende que, na prática, as relações que derivam da afetividade e da convivência familiar são mais relevantes do que as relações de consanguinidade.

Nesse sentido, sobre as mutações sofridas pelas entidades familiares ao longo dos anos, Heloisa Helena Barboza (1993, p. 105) expõe que “[...] as contínuas transformações sofridas pela família fizeram com que deixasse de ser uma unidade de caráter religioso, econômico e social, para se firmar especialmente como um grupo de afetividade e companheirismo”.

Dessa maneira, com a ampliação do conceito das entidades familiares, conseqüentemente, ampliou-se o conceito de parentesco e filiação.

Sobre o instituto da filiação, considera-se o mesmo como sendo uma relação de parentesco entre os pais e a criança, seja ela definida por critérios de consanguinidade, legais ou afetivos. É importante frisar que os critérios não

prevalecem uns sobre os outros, tendo em vista o princípio de igualdade entre os filhos, garantido pela Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, é possível afirmar que não há diferenciação no âmbito jurídico entre uma filiação determinada pelo critério biológico e uma filiação determinada pelo critério afetivo, haja vista que tal diferenciação seria inconstitucional.

Ainda, convém ressaltar que a filiação envolve o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser visto como a base de toda e qualquer discussão que envolva a garantia dos interesses da criança e do adolescente.

Sobre o conceito de filiação, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 619) dispõem:

[...] relação jurídica multifacetária, envolvendo, a um só tempo, três diferentes perspectivas: a filiação considerada pela ótica do filho (chamada *filiação propriamente dita*), pela ótica do pai (denominada *paternidade*) e pela perspectiva da mãe (intitulada *maternidade*), entrelaçando diferentes consequências voltadas para a realização das pessoas envolvidas

Quanto aos direitos inerentes ao reconhecimento do instituto da filiação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, prevê no dispositivo abaixo mencionado: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Sobre as características que foram atribuídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao instituto da filiação, cabe tecer alguns comentários.

O direito personalíssimo, compreende-se como sendo aquele que é inerente à própria pessoa, não podendo desvincular, destacar tal direito da pessoa do seu titular. A indisponibilidade se refere ao fato de que eles não podem ser transmitidos, não podem ser passíveis de alienação e o seu exercício não pode ser restringido por um simples ato de vontade. Quanto à questão de serem imprescritíveis, quer dizer que eles não caducam, não há que se falar em perda do direito, independentemente do lapso temporal. (COELHO, 2012, p. 363-366).

Portanto, consubstancia-se que a filiação é um direito que reflete na dignidade da pessoa humana, tendo em vista que todos possuem um direito de conhecer a sua origem, seja ela genética ou socioafetiva.

Em uma perfeita síntese do que fora explicado acima, leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 390) que “cabe ao direito identificar que o vínculo de parentesco entre pai e

filho confere a este a posse de estado de filho e ao pai as responsabilidades decorrentes do poder familiar”.

Analisando a questão do parentesco, trazendo um conceito que abarque as mais diversas situações, tais como as relações que decorrem do vínculo biológico, afetivo, das técnicas de reprodução assistida e adoção, tem-se, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 594) que seria o “[...] vínculo, de diferentes origens, que atrela determinadas pessoas, implicando em efeitos jurídicos diversos”.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.593 prevê que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

A partir da disposição legal acima citada, pode-se perceber que legislação vigente acompanha as evoluções da sociedade, tendo em vista que ao se referir ao instituto do parentesco aduz que ele pode advir de critérios biológicos ou de outras origens, como o critério afetivo.

Ainda sobre o tema, a I e III Jornada de Direito Civil, em seus enunciados nº 103 e nº 256, respectivamente, dizem sobre o parentesco:

103 – Art. 1.593: o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade sócio-afetiva, fundada na posse do estado de filho.

256 – Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil

Como fora dito, o parentesco e a filiação são institutos que estão intimamente ligados. Dessa forma, cabe dizer que do reconhecimento do parentesco inúmeros serão os efeitos jurídicos decorrentes, e dentre eles, muitos estarão conectados com a figura da filiação. Para fins de exemplificação, dentre os efeitos tem-se a instauração do poder familiar, dever de prestar alimentos e o direito à herança.

Assim, conclui-se que os efeitos jurídicos são de extrema relevância. Sobre o assunto dispõe o ECA, em seu artigo 27, que a criança tem o direito de ter sua filiação reconhecida, sendo tal direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

3.2 TIPOS DE FILIAÇÃO

Apesar de existirem espécies de filiação, deve-se ter como premissa de que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu texto legal a isonomia entre os filhos.

Dessa forma, no Brasil, não há mais que se falar nas discussões e classificações que permeavam a sociedade antigamente em torno da filiação, tais como a de filhos ilegítimos, legítimos, incestuosos, adotados (LÔBO, 2011, p. 216).

Nessa linha, nos dias de hoje, não importa se a filiação se enquadrar como biológica, afetiva ou decorrer das técnicas de reprodução assistida, tendo em vista que, por força constitucional, o tratamento dado ao indivíduo será uniforme.

A renomada autora Maria Berenice Dias (2015, p. 390) elenca 3 critérios para se identificar a filiação, sendo eles o critério jurídico, o qual se determina o vínculo por força de presunção prevista em lei, o critério biológico, decorrente de circunstâncias genéticas e o critério socioafetivo, baseando-se no dito popular de que “pai é aquele que cria” independentemente de consanguinidade.

No que concerne aos critérios determinantes da filiação, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 641):

Assim, descortinam-se três diferentes critérios para a determinação da filiação, a partir da combinação das suas distintas origens e características: i) o critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal; ii) o critério biológico, centrado na determinação do vínculo genético, contado, contemporaneamente, com a colaboração e certeza científica do exame de DNA; iii) o critério socioafetivo, estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas.

Sobre essa questão, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 299) leciona no sentido de que:

[...] independentemente da espécie de filiação (biológica ou não biológica; havida dentro ou fora do matrimônio) e do tipo de família em que ela se insere (matrimonial, nascida de união estável ou mono-parental), os direitos e deveres dos pais e filhos são idênticos [...]

Ante a ideia de que há igualdade entre os filhos, garantia essa constitucional, a fim de reforçar tal premissa dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 20: “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 maneira, é importante frisar a ideia de que não há que se falar em hierarquia entre os critérios existente para se definir a filiação, bem como não há diferenciação quanto ao tratamento dado à filiação levando em consideração cada critério que a determina.

Para efeitos deste trabalho, considerar-se-á 2 classificações do instituto da filiação, que são divididas a partir dos seus critérios particulares para definir o vínculo parental, as quais seriam: filiação biológica e filiação afetiva. Como a proposta do trabalho engloba a técnica da reprodução assistida homóloga, tem-se a premissa de que o critério definidor da filiação advinda das técnicas de procriação medicamente assistida será o biológico, haja vista a total compatibilidade genética existente entre os genitores e a criança concebida, sendo tal ponto discutido em tópico próprio posteriormente.

3.2.1 Filiação biológica

Nessa classificação, o critério que prevalece para fins de filiação é o vínculo consanguíneo entre a criança e seus pais. O vínculo existente é aquele que decorre da compatibilidade genética entre os envolvidos. Esse vínculo possui uma veracidade quase que indiscutível, tanto é que a filiação será reconhecida ainda que venha a inexistir qualquer afetividade entre os envolvidos.

Cabe dizer que, atualmente o critério da afetividade tem ganhado muita relevância. Nesse sentido, explica Maria Berenice Dias (2015, p. 398) que “[...] nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade passou a ter pouca valia frente a verdade afetiva. Tanto é assim que foi construída a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera”.

É importante ressaltar que o critério biológico para fins de se estabelecer a filiação é facilmente constatado. Com os avanços da ciência, é possível identificar a relação parental através de um exame de DNA, que é o método utilizado no Brasil para reconhecer a filiação biológica, tendo em vista que ele analisa comparativamente o material genético daqueles que se submetem a tal teste, sendo sua veracidade, quando realizado corretamente, quase que indiscutível. Todavia, como fora dito, o

critério afetivo é de extrema importância e, nos moldes ideais, deve se fazer presente também na filiação biológica.

Nesse sentido, a paternidade e a maternidade devem ir além dos limites da genética. Além do vínculo consanguíneo, no que tange a filiação biológica, a relação entre os pais e a criança deve ser composta pela afetividade, o dever de prestar sustento, o carinho e o amor. Os laços afetivos criados entre a mãe, o pai e o filho são muito mais relevantes do que a simples compatibilidade genética.

Quanto ao exame do DNA, sua relevância é tão consistente que o Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 301 estabeleceu que a recusa injustificada à realização do exame de DNA induz a presunção de veracidade quanto a paternidade alegada.

Nesse sentido, a Lei 12.004/2009 que trata da investigação de paternidade, tem previsto em um de seus dispositivos: “Art. 1º - Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético – DNA”.

Assim sendo, o critério consanguíneo é de fácil constatação não causando muitas discussões após o seu reconhecimento. Todavia, mister se faz a presença da afetividade entre os envolvidos, ainda que a filiação seja definida pela perfeita compatibilidade genética entre os pais e o filho.

A inseminação artificial homóloga *post mortem*, técnica que faz parte do cerne da discussão do presente trabalho, tendo em vista que utiliza o material genético dos envolvidos, também tem por critério definidor da filiação o vínculo consanguíneo. Tal ponto será tratado posteriormente, mas, desde logo, é possível perceber que o filho concebido por meio de procedimento de inseminação homóloga póstuma já detém todos os direitos inerentes à filiação.

3.2.2 Filiação afetiva

Nessa classificação, a constituição da relação paterno-filial ocorre por conta de critérios mais subjetivos, quais sejam, a afetividade, zelo, amor e o carinho. Em uma definição bem sucinta, a filiação afetiva decorre de laços construídos com base no amor, convivência e o zelo recíproco entre os envolvidos.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 591), sobre a afetividade, explicam: “deflui de um vínculo estabelecido, não pelo sangue, mas pela relação cotidiana de carinho, respeito e solidariedade entre determinadas pessoas que se tratam, reciprocamente, como parentes”.

No tocante ao critério da afetividade, cabe dizer que a doutrina passou a denominá-la de “posse do estado de filho”, compreendendo que a filiação não mais estaria restrita ao critério biológico, mas que deveria passar a se observar a relação afetiva entre pai e filho (CHAVES e ROSENVALD, 2012, p. 625).

Nos dizeres de Paulo Lôbo (2011, p. 236), “o estado de filiação compreende um conjunto de circunstâncias que solidificam a presunção da existência de relação entre pais, ou pai e mãe, e filho, capaz de suprir a ausência do registro do nascimento”.

Assim, pode-se dizer que a filiação pode ser provada pelo registro de nascimento ou pela realidade fática. O fundamento para tal afirmação está na consagração do preceito constitucional da igualdade entre os filhos.

Dessa forma, o relevante seria para fins de filiação a análise do comportamento afetivo recíproco, onde os sujeitos envolvidos se comportariam como se fossem pai e filho perante todos.

No que diz respeito ao reconhecimento da posse do estado de filho, elucida Maria Berenice Dias (2015, p. 406) quanto aos aspectos: “(a) tractatus – quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) nominatio – usa o nome da família e assim se apresenta; (c) reputatio – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais”.

Importante frisar que o vínculo socioafetivo tem a mesma proteção e confere os mesmos direitos concebidos ao filho cujo vínculo é biológico.

~~Em uma definição bem sucinta, a filiação afetiva decorre de laços construídos com base no amor, convivência e o zelo recíproco entre os envolvidos.~~

Sobre a afetividade como critério de filiação, é importante tecer comentários sobre o instituto da multiparentalidade ou pluriparentalidade, o qual é defendido por Maria Berenice Dias. Diante dessa nova figura e de todas as mutações que vem ocorrendo

atualmente nas relações parentais, é possível identificar situações em que o indivíduo não tenha apenas um pai e uma mãe.

Nesse diapasão, verificada a presença da multiparentalidade, é necessário que seja reconhecido a multiplicidade de vínculos de filiação. Ainda, no que concerne aos direitos e deveres, todos os pais deverão assumir as responsabilidades do poder familiar, bem como o filho poderá se valer dos direitos que lhe couber, tanto no âmbito das famílias, como no âmbito sucessório e com relação a todos os pais (DIAS, 2015, p. 409).

Reforçando o entendimento de Maria Berenice Dias (2015), o enunciado 9 do IBDFAM dispõe que “9. A multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.

Sintetizando, para fins de filiação multiparental, basta o reconhecimento da existência de vínculo, afetivo e biológico, envolvendo mais de duas pessoas.

Sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*, cerne do presente trabalho, analisando sobre o ponto de vista do critério da afetividade é pertinente fazer algumas ponderações. A primeira premissa que deve ser fixada é de que a morte não extingue o vínculo criado entre um pai e um filho. Assim sendo, a relação paternal existente se perpetua através dos laços que foram criados em vida.

Todavia, sabe-se que na técnica da inseminação artificial homóloga não há que se falar em embrião formado, mas sim apenas em sêmen criopreservado. Por conta disso, muitos podem afirmar que não há que se falar em existência da afetividade. Porém, pode-se ter uma visão de que é possível estabelecer uma afetividade pré-existente na situação em que o homem doa o seu sêmen, com a anuência de que sua esposa ou companheira poderá se utilizar desse material para procriar, ainda que após sua morte. Nesse caso, a anuência expressa conjuntamente com a doação do seu material genético, demonstra a sua intenção de constituir família e o elemento da afetividade pode ser visto nesse desejo de instituir sua prole e na existência de um projeto parental elaborado e sonhado pelo casal.

4 NOTAS PERTINENTES SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES

A classificação dos herdeiros, como sendo legítimos ou testamentários, bem como a transmissão patrimonial, no tocante ao momento de sua ocorrência devem ser pontualmente esclarecidas para se analisar o objeto central do trabalho.

A premissa estabelecida pelo Código Civil de 2002, em seus dispositivos 1.784 e 1.798, respectivamente, é que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” e “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Ante o exposto, pela interpretação literal do artigo, é possível perceber que o filho concebido através de inseminação artificial homóloga *post mortem* não estaria apto a suceder seu genitor, haja vista que foi concebido e nasceu após a morte do mesmo.

Cabe dizer que o filho concebido *post mortem* do genitor tem os mesmos direitos inerentes à filiação com relação a outros filhos já existentes. Todavia, há uma lacuna jurídica no tocante aos direitos sucessórios desse filho, o que causa uma insegurança jurídica e provoca uma enorme e relevante discussão.

Assim, visa o presente capítulo esclarecer premissas gerais sobre o direito sucessório para que melhor seja discutido a celeuma jurídica que gira em torno dos direitos sucessórios do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga póstuma.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pela análise literal da palavra, tem-se a premissa de que “sucessão” significa suceder.

Explica Benedito Euclides de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim que (2013, p. 35):

[...] quando uma pessoa falece deixando bens: opera-se a sucessão, pela transmissão da herança ao herdeiro, que, assim, sucede ao *de cuius* nos direitos e obrigações relacionados ao seu patrimônio. O direito das sucessões regula a forma de suceder em caso de morte, seja pela sucessão legítima, seja pela sucessão testamentária. Seu objeto é a transmissão de bens *causa mortis*.

Seguindo esse raciocínio, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 441) aduz que “o direito das sucessões disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após a sua morte. [...] contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação do patrimônio da pessoa falecida”.

Orlando Gomes (2012, p. 1) tem o mesmo entendimento, e leciona no sentido de que o direito das sucessões se encontra na parte especial do Direito Civil e visa regular o destino que será dado ao patrimônio do *de cuius*, sendo, ainda, uma das formas de aquisição de propriedade.

Dessa maneira, ante os conceitos dos doutrinadores supracitados, pode-se dizer que, através das disposições previstas no Código Civil e dos princípios que regem o ordenamento jurídico, o direito das sucessões visa regular a destinação que será dada ao patrimônio do indivíduo após a sua morte, tendo em vista que o patrimônio não pode ficar sem titular.

Assim sendo, é possível conceituar o direito das sucessões como sendo a transmissão patrimonial de débitos e créditos do falecido para os seus sucessores, que pode decorrer em virtude da lei ou através de disposição testamentária.

Em sentido geral, a sucessão pode ocorrer *inter vivos* ou *causa mortis*. Nesse sentido, Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 16-17) explica que a sucessão *inter vivos* se encontra no âmbito do Direito das obrigações, das coisas e de família e é aquela que ocorre por meio dos negócios jurídicos, onde a transmissão dos direitos ou o seu exercício acontecem durante a vida dos envolvidos e por conta de suas manifestações de vontade.

Por outro lado, leciona o referido autor (2014), sobre a sucessão *causa mortis*, também chamada de hereditária, como sendo aquela onde a transmissão do patrimônio do indivíduo ocorre após a sua morte e por conta da mesma.

Convém ressaltar que, para fins do presente trabalho, a sucessão que será estudada é aquela que ocorre nas situações que envolvem a morte do indivíduo.

No tocante aos pressupostos da sucessão *mortis causa*, tem-se a morte do *de cuius* e a vocação hereditária, que pode ser por força legal ou pela existência de testamento (GOMES, 2014, p. 10).

O pressuposto da vocação hereditária será tratado posteriormente, em tópico próprio. Todavia, sobre o pressuposto morte, importante fixar a premissa de que a sua existência é essencial para fins sucessórios. Dessa forma, cabe dizer que o Código Civil em seu artigo 6 a estabelece como forma de extinguir a personalidade civil².

Para efeitos sucessórios, pode-se elencar 2 classificações de morte: natural ou biológica (real), assemelhada a real e presumida (CARVALHO, 2014, p. 62).

Sobre a morte natural, Gisele Hironaka (2007, p. 1) explica que a mesma ocorre com a constatação da morte encefálica, ou seja, com a cessação das atividades cerebrais do indivíduo, devendo a confirmação para tanto ser atestada por um profissional da medicina, o qual usará de técnicas científicas comumente utilizadas para tal constatação.

Sobre a morte assemelhada, tratada no artigo 7³ do Código Civil, aduz Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 63-64), que é aquela onde presume-se a morte do indivíduo pelo fato dele ter se encontrado em situações de catástrofe ou acidente, extremo perigo de vida, não havendo existência de cadáver ou sendo impossível o seu reconhecimento. Sucintamente, é uma constatação de que a pessoa morreu por conta da existência de uma situação que traz indícios de que a pessoa fora vítima fatal. Importante elucidar que a data do falecimento em tal situação será fixada pelo juiz, tendo ela efeito retroativo, ou seja, considerar-se-á a data fixada pelo juiz tanto para determinar a lei que regerá, bem como para considerar o momento da abertura da sucessão.

Ainda nos ensinamentos do referido autor (2014), convém salientar que ambas as mortes possuíram a certidão de óbito, a qual é prova do evento morte e fundamental para fins sucessórios. Assim, havendo a certidão de óbito, ocorrerá a confirmação do falecimento do indivíduo, sendo possível a abertura do procedimento do inventário, a

² Código Civil de 2002. Art. 6. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

³ Código Civil de 2002. Art. 7. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

fim de que sejam transmitidos o seu patrimônio aos seus sucessores legítimos e testamentários.

Ainda nas considerações iniciais, importante esclarecer a diferenciação entre sucessão a título universal e a título singular, bem como a diferenciação entre herdeiro e legatário, logo, a distinção também entre herança e legado.

A sucessão a título universal é aquela em há transmissão da totalidade dos direitos, créditos, débitos que compõem a herança ou de quota parte da herança. Tal modalidade ocorre necessariamente na sucessão legítima e pode ocorrer na sucessão testamentária. Enquanto que, na sucessão a título singular ocorre a transferência de bens determinados e, em assim sendo, ela deriva unicamente do testamento (GOMES, 2012, p. 6-7).

Sobre os herdeiros, Francisco José Cahali (2007, p. 18-20) explica que eles podem se encontrar na condição de legítimos, podendo estes ainda serem classificados entre necessários e facultativos ou na condição de testamentários, que são aqueles herdeiros instituídos e beneficiados pelo testamento, que é tido como a última disposição de vontade do *de cuius*.

Sobre os legatários, o autor (2007) aduz que eles não se confundem com os herdeiros. As pessoas que se encontram nessa situação são aquelas instituídas por testamento e as quais receberão um determinado bem. Logo, cabe dizer que a sucessão que opera para eles é a título singular. Importante salientar que, apesar de serem distintos da figura do herdeiro, é possível que haja uma coincidência entre o herdeiro e o legatário, nas situações onde o *de cuius* institui, por exemplo, um filho como legatário de um determinado imóvel, sem que isso prejudique a parte que lhe cabe na herança, quando da concorrência com os outros herdeiros legítimos.

Ante os preceitos supracitados, cabe dizer que a título de sucessão universal, quem sucede é a figura do herdeiro e a título de sucessão singular, quem sucede é a figura do legatário.

Insta ponderar ainda, o conceito do termo herança, que tanto é utilizado no presente trabalho monográfico. Importante ressaltar que a herança é considerada como um direito fundamental, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, XXX. Assim sendo, todos os indivíduos têm direito à herança.

A herança, como bem leciona Orlando Gomes (2012, p. 7-8), é o patrimônio do falecido, a qual engloba bens móveis, imóveis, direitos e obrigações. Por sua vez, o legado é “o conjunto de bens certo e determinados, integrantes da herança, deixado pelo testador para alguém”.

Dessa maneira, pode-se dizer que, conceitualmente, a herança seria o patrimônio deixado pelo *de cujus*, o qual engloba créditos e débitos e é transferido para o sucessor do *de cujus*, por conta de sua morte.

Fixadas as premissas iniciais, dentre elas os pressupostos da sucessão *mortis causa*, insta finalizar o presente tópico analisando o momento de abertura da sucessão.

Verificou-se anteriormente que a morte extingue a personalidade da pessoa natural. Logo, ocorrendo o evento morte, haverá a abertura da sucessão e, a partir desse momento, ocorrerá a transferência do patrimônio do falecido aos seus herdeiros legítimos e testamentários, como dispõe o artigo 1.784 do Código Civil (OLIVEIRA; AMORIM, 2014, p. 42-43).

Convém salientar que o sistema brasileiro, no tocante ao momento de aquisição da herança, adotou o princípio de *saisine*. Sobre o mencionado princípio, tem-se que o mesmo é visto como uma ficção jurídica trazida pelo legislador, que em seu teor diz que a propriedade dos bens deixados pelo *de cujus* transmitem-se automaticamente e desde logo aos seus herdeiros, legítimos ou testamentários, não se exigindo nenhuma formalidade para tanto, tendo em vista que não se admite em nosso ordenamento patrimônio sem titular (CARVALHO, 2014, p. 75-76).

Sintetizando o que dispõe o princípio de *saisine*, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, Antônio Coltro leciona (2007, p. 29):

[...] o herdeiro assume a posição que o falecido tinha, tanto em relação a seus direitos quanto às suas obrigações, incubindo-lhe, contudo e sem que isto interfira no anteriormente referido quanto à automática transmissão da herança, em aceitá-la (Art. 1.804), como forma de consolidar tal situação, sendo que pode fazê-lo tanto expressa como tácita (Art. 1.805) e também presumidamente (Art. 1.807, última parte).

Pode-se dizer que o direito das sucessões está intimamente ligado com o direito de família, haja vista que é uma maneira de perpetuação da família, por conta da transmissão do patrimônio do falecido aos seus sucessores.

Seguindo esse raciocínio, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2013, p. 37) explicam: “A transmissão da herança preserva a continuidade do próprio ente familiar, sendo elencada entre os direitos e garantias individuais”.

Dessa forma, sendo a herança um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, todos os indivíduos têm resguardado para si essa garantia. Logo, seria uma incoerência dizer que o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* não tem direitos sucessórios, e, em assim sendo, não goza do seu direito fundamental à herança, por conta de uma omissão legislativa.

Ainda, a exclusão dos direitos sucessórios da criança gerada por meio de inseminação artificial póstuma seria uma afronta ao princípio da igualdade absoluta entre os filhos. Assim como seus irmãos, a referida criança também é considerada descendente do *de cuius* e não pode ter um tratamento diferenciado com relação a seus direitos sucessórios, por conta de ausência legislativa dispendo sobre esses direitos.

Insta salientar que o Código Civil autoriza o procedimento reprodutivo *post mortem* e dispõe quanto ao critério da filiação dessa criança, sendo ela presumidamente filha do seu genitor, o qual doou seu material genético, autorizando a implantação, ainda que após a sua morte.

Logo, deve-se garantir o direito sucessório do filho concebido após a morte do seu genitor, se valendo dos princípios constitucionais e do que dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina, tendo em vista que negar a essa criança o seu direito sucessório seria uma afronta a Constituição Federal.

Por fim, as premissas esclarecidas no presente capítulo são extremamente necessárias para melhor se analisar as posições doutrinárias acerca do direito sucessório do filho concebido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*, que serão destrinchadas em momento posterior.

4.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

De acordo com o previsto no artigo 1.798 do Código Civil, sobre a capacidade sucessória, tem-se que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Como fora visto anteriormente, considera-se como momento de abertura da sucessão a morte do indivíduo, logo, é o no momento do óbito onde analisa-se a legitimidade para suceder.

Dessa forma, pela interpretação literal do dispositivo, pode-se extrair dois requisitos para que a pessoa esteja investida em capacidade sucessória, que seriam o fato da pessoa que sucederá já estar nascida ou concebida quando da morte do *de cuius*.

Porém, no âmbito da sucessão testamentária, há que se falar no artigo 1.799, I do Código Civil, que será tratado posteriormente, o qual faz referência a prole eventual, sendo esta uma situação excepcional, que é vista como uma exceção a regra prevista no artigo 1.798 do Código Civil.

O legislador protegeu a figura do nascituro, conferindo-lhes capacidade sucessória, se vierem a nascer com vida. Todavia, o legislador se fez omissivo sobre os direitos sucessórios inerentes ao filho concebido por meio da inseminação póstuma, em caso de existir no momento da abertura da sucessão apenas o sêmen criopreservado do *de cuius* para posterior implantação.

Seguindo esse raciocínio, na seara dos direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*, de início e pela interpretação literal do supracitado dispositivo, tem-se que a criança gerada por meio da referida técnica não teria capacidade sucessória, pois não estaria nascida e nem teria sido concebida quando da morte do *de cuius*, haja vista que sobre a referida técnica, só haveria a existência de sêmen criopreservado.

Todavia, excluir o direito sucessório da criança gerada por meio de tal técnica, se valendo da interpretação literal do dispositivo, haja vista a omissão legislativa sobre a questão, seria uma afronta aos princípios e garantias fundamentais trazidos pela Lei Máxima, como o da igualdade absoluta entre os filhos, do livre planejamento

familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana.

Sobre a capacidade sucessória, cabe salientar que a mesma não se confunde com capacidade de direito. Enquanto a primeira se refere a aptidão conferida a pessoa para recolher, em todo ou em parte, o patrimônio deixado pelo falecido, a segunda se refere a aptidão para praticar por si só os atos da vida civil, de forma a adquirir direitos e contrair obrigações. (CARVALHO, 2014, p. 158-160).

O referido autor (2014) aduz que não cabe confundir ambas as espécies, tendo em vista que para adquirir capacidade sucessória, basta que o indivíduo esteja nascido ou concebido quando da morte do *de cuius*. Dessa forma, um incapaz, estando vivo no momento do falecimento do *de cuius* e se encontrando na ordem de vocação hereditária, pode vir a sucedê-lo.

Esclarecidas as premissas sobre a capacidade sucessória, convém diferenciar a sucessão que decorre por força da lei, sendo denominada de legítima, da sucessão que advém por meio de disposição de última vontade do *de cuius*, denominada de testamentária.

4.3 SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima é aquela que ocorre por força de determinação legal. Dessa forma, diz-se que a sucessão legítima visa permanecer os bens do falecido no núcleo familiar, ou seja, entre as pessoas que estão ligadas por laços de sangue ou afetividade (PEREIRA, 2009, p. 67-69).

O fundamento supracitado ratifica a forte ligação entre o direito de família e o direito das sucessões. Dessa forma, é razoável fixar um raciocínio de que deve-se garantir os direitos inerentes à filiação e parentesco, que permeia sobre o direito de família, bem como os direitos sucessórios do filho concebido por inseminação artificial póstuma, haja vista que o mesmo é considerado como filho, ainda que nasça sem pai, pois a morte não é causa revogadora da paternidade.

O legislador elencou uma ordem de prioridade, denominada de ordem de vocação hereditária, presumindo que o falecido teria uma maior afinidade com as pessoas elencadas em tal ordem.

São considerados herdeiros legítimos os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até 4º grau, sendo os 3 primeiros considerados legítimos e necessários, conforme dispõe o artigo 1.829 e artigo 1.845 do Código Civil, enquanto que o último considera-se como sendo legítimo e facultativo.

Sobre a ordem de vocação hereditária, tem-se a premissa de que os mais próximos excluem os mais remotos, não apenas dentro da mesma classe, como também as próprias classes se excluem.

Sendo assim, tem-se que os descendentes se encontram em primeiro lugar na ordem de preferência, logo, eles sempre irão herdar se existirem e, em algumas situações, a depender do regime de casamento, irão concorrer com o cônjuge. Apenas com a inexistência de descendentes, os ascendentes poderão herdar e concorrerão com o cônjuge, independentemente do regime de casamento. Se não existirem descendentes e nem ascendentes, o cônjuge herdará e se beneficiará sozinho. Por fim, não existindo descendentes, ascendentes ou cônjuge, os colaterais se beneficiarão, desde que não tenham sido afastados por disposição testamentária, haja vista que, apesar de serem legítimos, são facultativos, conforme dispõe o artigo 1.850 do Código Civil (PEREIRA, 2009, p. 75-76).

Convém salientar, conforme leciona Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 120-121) que a existência de herdeiros legítimos e necessários limita a liberdade de testar do *de cuius*, haja vista que para tais herdeiros é protegido 50% dos bens da herança, considerada como a parte legítima e a qual é inatingível, conforme dispõe o artigo 1.846 do Código Civil. Assim, resguardando os 50% da legítima, com relação ao restante poderá o testador dispor como bem entender.

Nesse sentido, se o *de cuius* vier a falecer sem deixar testamento, a totalidade do seu patrimônio será destinada aos herdeiros legítimos.

Para analisar a proposta da celeuma jurídica que gira em torno do presente trabalho, apenas se faz necessário analisar a questão sucessória dos descendentes. Sendo assim, o artigo 1.834 dispõe que “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

Ora, tal dispositivo, engloba a premissa trazida pela Constituição Federal de 1988, a qual estabelece, em seu artigo 227, §6º, a igualdade absoluta entre os filhos.

Dessa forma, percebe-se que os dispositivos presentes no Código Civil devem ser interpretados à luz dos preceitos garantidos constitucionalmente. Logo, não poderia se valer da interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil para justificar a negativa do direito sucessório ao filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, haja vista que, se assim fosse, haveria uma violação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, o que seria deveras controvertido, haja vista que em artigo posterior, o próprio Código Civil consagra tal princípio.

Seguindo esse raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 164-166) explica:

[...] A intenção do legislador foi frisar que os descendentes têm iguais direitos à sucessão de seus ascendentes. [...] em face da atual Constituição Federal (Art. 227, §6º), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Art. 20) e do Código Civil de 2002 (Art. 1.596), não mais subsistem as desigualdades entre filhos consanguíneos e adotivos, legítimos e ilegítimos. [...] Hoje, todos herdam em igualdade de condições.

Posto isso, assim como no âmbito da filiação, no direito sucessório também há que se falar na incidência do princípio da igualdade entre os filhos. Nesse sentido, insta salientar que seria razoável o filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* se enquadrar como legítimo, haja vista os fundamentos supracitados.

4.4 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária também está prevista no Código Civil e, conceitualmente, é aquela que ocorre por ato de disposição de última vontade feita em testamento pelo autor da herança. Importante salientar que o cumprimento do disposto no testamento não se refere a efetivação da vontade do morto, haja vista que morto não tem vontade, mas sim seria a efetivação da vontade de uma pessoa viva para depois da sua morte. Sucintamente, tem-se que a vontade decorreu do vivo, mas os seus efeitos foram gerados por conta do falecimento do mesmo (VELOSO, 2007, p. 126).

Com relação aos pressupostos necessários para que haja sucessão testamentária, leciona Orlando Gomes (2012, p. 94)

- a) pessoa capaz de dispor dos seus bens para depois da morte;
- b) pessoa capaz de recebê-los;
- c) declaração de vontade na forma peculiar exigida em lei;
- d) observância dos limites ao poder de dispor.

Ante os pressupostos supracitados, tem-se que para que haja a sucessão testamentária, é necessário analisar a capacidade do testador para realizar o testamento, a capacidade do indivíduo para receber o que lhe fora destinado por meio do testamento, a forma e requisitos do testamento prevista em lei e os limites que porventura existam quanto a liberdade de testar.

Nesse sentido, cabe reiterar que, existindo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade do seu patrimônio no testamento, tendo em vista a exigência legal de proteção da legítima. Todavia, existindo apenas herdeiros facultativos, terá o indivíduo liberdade plena sobre o seu patrimônio para testar.

Seguindo esse raciocínio, são as palavras de Orlando Gomes (2012, p. 41):

A existência de herdeiros necessários impede a disposição, por ato de última vontade, dos bens constitutivos da legítima ou reserva. Pode dispor, entretanto, da outra metade, calculada sobre o total dos bens existentes ao tempo do óbito [...]

A existência de herdeiros facultativos não impede a disposição, em testamento, de todos os bens do testador. [...] Para excluí-los da sucessão, basta, no entanto, que o testador disponha dos seus bens, sem os contemplar.

Convém salientar que o testamento não é rotineiramente utilizado em nosso país, preponderando para efeitos sucessórios a sucessão legítima. O fundamento para tanto se encontra no fato de que, na legítima, o legislador buscou beneficiar, em ordem preferencial, os familiares, por serem pessoas que, presumidamente, estariam mais próximas umas das outras. Todavia, o Código Civil, na maioria dos seus artigos ligados a questões sucessórias, consagrou a sucessão testamentária, com o escopo de melhor regulamenta-la e de interpretar a vontade do *de cujus* (GONÇALVES, 2014, p. 226).

Sobre a sucessão testamentária, é importante conceituar o testamento, suas características e a capacidade para testar, haja vista que trata-se da forma pela qual ocorre a mencionada sucessão. Todavia, tal assunto não faz parte da proposta do presente trabalho, sendo relevante apenas esclarecer algumas premissas básicas.

Conceituadamente, nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 128), pode-se dizer que o testamento seria um negócio jurídico unilateral, que representa

a manifestação de última vontade, solene, personalíssimo, essencialmente revogável e o qual pode englobar aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Do conceito supracitado, pode-se extrair as próprias características do testamento. Sendo assim, conveniente se faz a análise de cada uma separadamente, para fins de melhor se compreender tal instituto.

Sobre as características do testamento, explica Zeno Veloso (2007, p. 131-134) que a característica “negócio jurídico unilateral e personalíssimo”, significa que, para que seja realizado o testamento, basta que haja a vontade livre do testador, desde que se verifique a sua capacidade para tanto e o preenchimento dos requisitos legais sobre a forma do testamento que será escolhida. Ainda, o testamento só pode ser realizado pela própria pessoa do testador, sendo, dessa forma, indelegável, pois não há que se falar em vontade manifestada por meio de procuradores ou representantes legais.

Convém dizer que tem-se atrelada à vontade do testador a característica de “negócio jurídico solene”, haja vista que a validade do testamento está condicionada ao atendimento das formas e tipos de testamento previstos pela lei. Assim, cabe dizer que a vontade expressa do testador só será válida se forem atendidas todas as exigências previstas em lei, sob pena de nulidade.

Ainda nos ensinamentos do mencionado autor (2007) e com base no que dispõe o artigo 1.858, tem-se que o testamento é passível de revogação, tanto é que enquanto viver o testador, as pessoas beneficiadas no testamento não têm direito algum, haja vista que o testamento só produz efeitos após a morte do testador.

Todavia, caso o testamento disponha sobre reconhecimento de filiação, não há que se falar em revogação, conforme prevê o artigo 1.610 do Código Civil.

Finalizando a análise acerca das características, tem-se que o testamento pode englobar tanto aspectos patrimoniais, quanto aspectos extrapatrimoniais (reconhecimento de um filho, nomeação de um tutor para o filho), como dispõe o artigo 1.857, §2º do Código Civil.

Por derradeiro, sobre os preceitos básicos do testamento é necessário fazer considerações breves acerca da capacidade de testar, a qual é classificada como capacidade/legitimidade ativa. Insta salientar que, verifica-se a capacidade para

testar no momento de realização do testamento, tendo disposição prevista para tanto no artigo 1.861 do Código Civil.

Seguindo esse raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves, pontuando o posicionamento de Zeno Veloso (2014, p. 246), explica:

A lei que regula a *testamenti factio active* é, assim, a vigente na época em que o negócio jurídico foi realizado, não a do tempo da abertura da sucessão, ou de qualquer outro, intermédio. Nesse campo prevalece inteiramente a regra *tempus regit actum*, ou seja, a capacidade testamentária ativa é a do tempo do testamento, não se invalidando este pela superveniência da incapacidade, nem se validando pela superveniência da capacidade.

Cabe dizer que, no tocante ao testamento, imprescindível se faz a existência de capacidade/legitimidade passiva, que se refere a capacidade do indivíduo para adquirir o que fora deixado para si através do testamento.

Nesse sentido, utiliza-se o disposto no artigo 1.799 do Código Civil e, como leciona Orlando Gomes (2012, p. 98), não são capazes de suceder através da via testamentária os filhos não concebidos de pessoa indicada pelo testador, não estando a mesma viva no momento da morte do mesmo.

Cabe dizer que, conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, a lei considera que não possuem legitimidade para suceder aqueles que não estejam nascidos ou concebidos quando da abertura da sucessão.

Por derradeiro, para melhor analisar a problemática das questões sucessórias decorrentes da reprodução assistida póstuma, é importante fazer pontuações acerca da prole eventual, haja vista que tal instituto é utilizado como fundamento por parte da doutrina para considerar que o filho concebido através da inseminação *post mortem* se enquadraria como sucessor testamentário, como será analisado posteriormente.

A prole eventual seria uma exceção ao que dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, haja vista que permite que tenham capacidade para suceder aqueles ainda não concebidos quando da morte do *de cuius*.

Conforme dispõe o artigo 1.799, inciso I do Código Civil, tem-se que o legislador previu a possibilidade de se beneficiar por meio de testamento um filho ainda não concebido de pessoa indicada pelo testador, desde que viva no momento da abertura da sucessão.

Sobre a disposição acima mencionada, explica Francisco José Cahali (2007, p. 24):

[...] trata-se de legitimidade passiva atribuída pelo legislador à prole eventual de pessoa ou pessoas que o testador gostaria de beneficiar. A lei exige que as pessoas indicadas como genitoras dos futuros sucessores estejam vivas ao tempo da abertura da sucessão. Nesse caso, então, o juiz deverá indicar um curador que zelará pelos bens atribuídos aos herdeiros eventuais, curatela que caberá, salvo disposição em contrário do testador, à pessoa cuja prole eventual foi agraciada.

Nesse sentido, importante ainda citar o que dispõe o artigo 1.800 do Código Civil. Conforme leciona Orlando Gomes (2012, p. 30), se atentando ao que dispõe o artigo acima mencionado, tem-se que o herdeiro, ou seja, a prole eventual, deverá ser concebida em até dois anos após a abertura da sucessão e, passado esse prazo os bens que caberiam ao referido herdeiro caberão aos herdeiros legítimos, salvo se o testador dispor de forma diversa.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 456-457), tem-se que a prole eventual é uma hipótese prevista em lei de sucessão testamentária, em que o testador beneficia uma pessoa ainda não concebida quando do momento da sua morte, devendo a pessoa que gestará a criança estar viva no momento da abertura da sucessão.

Ainda, aduz o referido autor (2012) que é requisito para se adquirir capacidade sucessória por meio da prole eventual a estipulação de um prazo para a concepção da criança que se beneficiará pelo testamento, conforme dispõe o artigo 1.800, §4º do Código Civil, com o escopo de conferir uma segurança as relações jurídicas. Dessa maneira, por conta de previsão legal, a concepção deve ocorrer em até 2 anos, contados da abertura da sucessão e, ultrapassado esse prazo sem haver a concepção, a cláusula testamentária não mais produzirá seus efeitos.

Analisadas as premissas acerca da sucessão testamentária, tem-se que parte da doutrina se vale dos fundamentos da prole eventual a fim de preencher a lacuna jurídica acerca do direito sucessório do filho concebido após a morte do genitor por meio da técnica de reprodução assistida. Dessa maneira, entendem alguns doutrinadores que a prole eventual seria uma maneira, já pacificada e prevista pelo Código Civil, de se beneficiar e garantir os direitos sucessórios de uma criança gerada após a morte do seu ascendente.

Apesar da sucessão testamentária, através da prole eventual, ser uma solução para a lacuna jurídica existente quanto aos direitos sucessórios concebidos por

inseminação póstuma, convém salientar que não seria a solução mais adequada, haja vista que violaria o princípio de igualdade entre os filhos, pois trataria um descendente do *de cuius* como sucessor testamentário e não como legítimo, com relação aos demais descendentes que por ventura possam existir.

4.5 PETIÇÃO DA HERANÇA

Conforme fora explicado anteriormente, a herança, que é o patrimônio do *de cuius*, é transmitida desde a abertura da sucessão aos seus herdeiros, haja vista que o nosso ordenamento adotou o princípio de *saisine*. Todavia, podem existir situações em que o herdeiro deixe de se habilitar no processo de inventário e de se beneficiar da partilha, em que existe testamento, mas o indivíduo não sabia da sua existência, sendo ele descoberto após a conclusão da partilha, bem como situação em que haja reconhecimento de paternidade após o falecimento do genitor e da partilha de seus bens.

A herança é um direito fundamental e a partilha de bens do falecido, determinada por meio do processo do inventário não acarreta na perda desse direito, caso o herdeiro não tenha participado do processo acima mencionado.

Nessa linha, explica Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 58):

Tendo direito à herança, cabe ao herdeiro a sua faculdade de reclamar a sua quota parte. [...] Ocorrendo, entretanto, o encerramento do inventário e a homologação da partilha, não perde o herdeiro os seus direitos, embora não seja contemplado. Cumpre-lhe, então, demandar o seu reconhecimento contra qualquer possuidor ilegítimo da herança, e a entrega dos bens

A ação da petição de herança, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 140) “[...] constitui a proteção específica da qualidade de sucessor”.

Conceitualmente falando, pode-se definir a petição da herança como sendo a ação intentada pelo sujeito, com o escopo de obter o reconhecimento da sua qualidade de herdeiro e, com isso, seus direitos sucessórios (CARVALHO, 2014, p. 270).

Na mesma linha de raciocínio, Orlando Gomes (2012, p. 201) aduz que a petição da herança é uma forma que o indivíduo tem de obter judicialmente o reconhecimento da sua condição de herdeiro, logo, de sua capacidade sucessória, bem como forma de obter os bens da herança que lhe cabem.

Ante os conceitos supracitados, tem-se a ação de petição de herança, como meio do herdeiro, que não se beneficiou da quota parte que lhe cabia, de reivindicar o seu direito à herança, bem como ter sua capacidade sucessória reconhecida.

Quanto ao cabimento da ação de petição da herança, cabe dizer que a mesma pode ser ajuizada após a conclusão da partilha, haja vista que, durante o procedimento do inventário, o indivíduo que se encontra na condição de herdeiro, mas que não faz parte do processo de inventário, deve pedir a sua habilitação no referido processo (COELHO, 2012. p. 432).

Quanto à legitimidade para propositura da ação em questão, pode-se dizer que a mesma pode ser intentada pelo indivíduo que se afirma herdeiro e que visa, com a presente ação, o reconhecimento do seu direito sucessório e a restituição da cota parte da herança que lhe cabe (CARVALHO, 2014, p. 274-275).

Por derradeiro, convém salientar sobre a existência de prazo prescricional para a propositura da referida ação, conforme o teor da Súmula 149⁴ do STF.

Nesse sentido, explica Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 282):

[...] vem prevalecendo o entendimento de que a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, em vigor, deve ser adaptada à redação do dispositivo legal precitado⁵, com a conclusão de que a pretensão estampada na ação de petição de herança prescreverá em dez anos, contado o prazo a partir da data da abertura da sucessão, prazo que, se vier ser ultrapassado, vai provocar a improcedência do pedido e a consequente perda do direito sucessório.

Ainda nos ensinamentos do mencionado autor (2014), é importante ressaltar que, conforme dispõe o artigo 198, inciso I do Código Civil, o prazo prescricional não corre contra absolutamente incapazes.

Ante o exposto e no tocante a criança concebida por meio de inseminação artificial póstuma, tem-se que a mesma pode se valer da ação de petição de herança para ter seus direitos sucessórios conhecidos.

Nesse sentido, seria uma incoerência negar os direitos sucessórios a uma criança concebida por meio de inseminação *post mortem*, haja vista a ausência de disposição legal, pois a mesma poderia se valer da petição da herança para ter a sua condição de herdeiro reconhecida, bem como ter restituído para si os direitos

⁴ Súmula 149 do STF: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

⁵ Código Civil de 2002. “Art. 205. A prescrição ocorre em 10 anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

sucessórios que lhe cabem. Importante lembrar que, por se tratar de procedimento homólogo, haverá total compatibilidade consanguínea da criança com seu genitor falecido, logo, a prova da sua condição de herdeiro será de simples constatação.

5 DIREITO SUCESSÓRIO NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

O direito sucessório do filho concebido através do procedimento da inseminação artificial homóloga *post mortem* é o problema basilar do presente trabalho monográfico. Posto isso, deve-se fixar como premissa substancial de que o direito deve buscar ao máximo atender as necessidades e os anseios sociais, protegendo e garantindo todos os direitos dos indivíduos.

No tocante aos dispositivos legais acerca da criança gerada após a morte do seu genitor, tem-se que há disposição legal quanto a possibilidade de utilização de tal técnica e critério determinante de filiação, mas em contrapartida há uma lacuna jurídica quando o assunto é o direito sucessório dessa criança.

É importante salientar que a Constituição consagra como direito fundamental a igualdade entre os filhos. A partir disso, é possível se fixar a premissa de que um filho concebido após a morte do seu genitor é igual perante aos já concebidos para efeitos de filiação, sendo injustificável tratá-lo diferentemente no tocante aos direitos sucessórios.

A ausência de legislação dispendo sobre tal assunto traz inúmeras discussões e posicionamentos, ficando a cargo da doutrina buscar regular e defender o direito sucessório que o filho decorrente de reprodução assistida póstuma teria.

Como bem pontua Giselda Hironaka (2009, p. 56-57), [...] “nem mesmo o próprio direito das sucessões, positivado em 2002, se expressa com desejável atualidade e segurança a respeito de temas interligados com as novas biotecnologias, como no caso: [...] b) no caso de concepção (ou fertilização homóloga) *post mortem*”.

Por derradeiro, é importante frisar que o fato da legislação nada dispor sobre o assunto, existindo apenas posicionamentos doutrinários, revela um ambiente de insegurança jurídica e um desfalque no ordenamento jurídico, haja vista que o direito como um todo não está sendo capaz de acompanhar as mudanças e evoluções sociais, principalmente no tocante às técnicas de reprodução assistida e seus reflexos no direito dos indivíduos.

Dessa forma, o presente capítulo visa analisar o critério determinante da paternidade na inseminação artificial homóloga *post mortem*, bem como o elemento volitivo como pressuposto para a possibilidade de utilização da referida técnica.

Ainda, por conta da omissão legislativa das questões sucessórias decorrentes da inseminação póstuma, importante analisar os princípios incidentes nessa situação, para que não haja um desamparo da criança que será concebida.

E, por fim, o presente capítulo demonstrará as discussões que envolvem a problemática central do trabalho, analisando as duas correntes doutrinárias existentes sobre os direitos sucessórios da criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

5.1 DO CRITÉRIO CONSANGUÍNEO NA REPRODUÇÃO HOMÓLOGA COMO LEGITIMADOR DA FILIAÇÃO

Como fora explicado reiteradas vezes, a inseminação artificial pode ocorrer tanto na forma homóloga, quando são utilizados o sêmen e o óvulo fornecido pelo casal que irá se submeter a tal técnica ou heterológica, quando utiliza-se o material de um terceiro doador. Importante frisar que a diferenciação entre homóloga e heterológica é de extrema relevância para o âmbito jurídico (HRYNIEWICZ e SAUWEN, 2008, p. 88-89).

Para fins do presente trabalho, irá se analisar apenas a técnica da inseminação artificial homóloga póstuma.

De início, já é possível concluir que o critério da consanguinidade será o definidor da filiação, no tocante às técnicas de reprodução assistida, tendo em vista que no procedimento homólogo são utilizados os gametas do casal (BERALDO, 2010.1, p. 69).

Apesar de não existir legislação disposta sobre a utilização das técnicas medicamente assistidas, como analisado em tópico anterior, o Código Civil de 2002 apenas permitiu a utilização das técnicas de reprodução assistida, ainda que em situações *post mortem*, presumindo a paternidade do falecido em relação a criança

que será concebida, mas nada dispôs sobre os requisitos, consequências jurídicas e forma como tais procedimentos seriam realizados.

Nessa linha, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, utiliza o critério da presunção de paternidade em algumas situações que envolvem as técnicas de reprodução assistida e, em seu inciso III, dispõe que presumir-se-á paternidade dos filhos quando: “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Seguindo o raciocínio do Código Civil de 2002, leciona Anna Beraldo (2010.1, p. 70): “Havendo inseminação *post mortem* com material do cônjuge supérstite, o pai será o marido, por força da presunção legal de paternidade”.

Convém salientar que, por se tratar de procedimento homólogo, não haverá dúvidas ou implicações para se definir a paternidade, haja vista a total compatibilidade genética entre os pais e a criança.

Nesse sentido, leciona Guilherme Calmon (2003, p. 732): “a pessoa falecida (ex cônjuge ou ex companheiro) será considerada pai, diante do fundamento da verdade biológica [...] para fins de estabelecimento do vínculo parental”.

A doutrina se divide sobre a possibilidade de reprodução assistida póstuma, o que já fora discutido anteriormente. Cabe lembrar que o direito à procriação está baseado na dignidade da pessoa humana, livre planejamento familiar, parentalidade responsável e melhor interesse da criança. Logo, a morte não extingue um projeto parental e a técnica da reprodução assistida *post mortem* é uma forma de efetivação desse projeto, a fim de que o indivíduo possa vir a constituir o seu tão desejado núcleo familiar.

Ainda, é importante fixar a premissa que o Código Civil permite a inseminação póstuma, utilizando-se do material genético criopreservado.

Dessa forma, o Código Civil autorizou de maneira expressa a técnica da inseminação artificial homóloga póstuma, estabelecendo como critério definidor da filiação a presunção da paternidade do *de cujus*, ainda que exista a completa compatibilidade biológica entre o *de cujus* e a criança que será concebida, tendo em vista que o material criopreservado que será utilizado é o do casal submetido a tal técnica.

Importante salientar que apesar do Código Civil utilizar a expressão “marido”, estende-se a aplicação de tal dispositivo para o companheiro, nas situações que envolvam a união estável. A justificativa para tanto se encontra no artigo 226, §3º da Constituição Federal, que reconheceu a união estável como entidade familiar. Dessa forma, todas as permissões e discussões atinentes a reprodução homóloga póstuma para as pessoas casadas, se aplicam para as pessoas que se encontram em união estável.

Esclarecida a premissa de que há permissão para ocorrência da inseminação póstuma, importante citar outro elemento que deve estar presente para a efetivação de tal procedimento, o qual seria a manifestação de vontade por escrito do genitor, elemento que será analisado e discutido no tópico seguinte.

Nessa linha, Anna Beraldo (2010.1, p. 72), entende ser possível a inseminação artificial homóloga póstuma, desde que haja a autorização expressa do marido, para que o seu material genético criopreservado seja utilizado após a sua morte.

Outra questão de extrema relevância que se faz presente sobre a técnica de procriação assistida póstuma seria o prazo para implantação do material genético criopreservado do *de cujus*.

Ante a ausência de legislação dispondo sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida, também não há que se falar em previsão legal dispondo sobre o prazo que a viúva teria para implantar o material criopreservado, fator que agrava ainda mais a insegurança jurídica existente.

Nesse sentido, Anna Beraldo (2010.1, p. 82-83) aduz que é necessário que o legislador fixe um prazo para que a viúva implante o material criopreservado do *de cujus*, tendo em vista que a justificativa para a implantação *post mortem* se encontra em dar continuidade ao projeto parental construído.

Então, o prazo fixado não deve ser muito extenso, pois não há coerência que após muitos anos após a morte do genitor, a viúva venha utilizar o material criopreservado para conceber um filho, a fim de se resguardar a segurança jurídica de outros herdeiros que, por ventura, possam existir.

Sobre a necessidade de fixação de prazo para implantação póstuma, Carlos Cavalcanti (2005, p. 190) entende:

Objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação *post mortem* entendemos que deverá o falecido haver estabelecido, por documento escrito ou através de testamento, prazo não superior a dois anos para realização do procedimento e concepção de sua prole eventual, caso contrário, há de se aplicar, por analogia, o prazo máximo de dois anos, previsto para concepção da prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.799, inciso I⁶, c/c. artigo 1.800, §4^{o7}, do Código Civil

Ante os posicionamentos supracitados dos mencionados autores (2010.1 e 2005), é possível concluir que ambos defendem a necessidade de existência de um prazo para implantação. Todavia, Anna Beraldo (2010.1) entende que o prazo deve ser fixado pelo legislador, diferentemente de Carlos Cavalcanti (2005), que entregou ao genitor a faculdade de fixar tal prazo.

Em posicionamento contrário, no que se refere ao estabelecimento de prazo, Márcio Delfim (2011, p. 16) entende que a fixação de um prazo, limitando a viúva a utilização do material do *de cuius*, violaria a dignidade humana da mesma e o princípio do livre planejamento familiar. Assim, para ele, poderia a viúva utilizar o material criopreservado do seu falecido marido ou companheiro a qualquer tempo, e, caso venha a engravidar, poderá vir a realizar uma sobrepartilha.

Todavia, por questões de segurança jurídica, seria razoável defender a necessidade de estipulação de um prazo para implantação *post mortem*, devendo a mesma ser feita pelo legislador.

Então, como não há disciplina normativa dispendo sobre o prazo, seria plausível se aplicar o disposto no artigo. 1.800, §4^o do Código Civil, ou seja, terá a viúva o prazo de 2 anos contados da abertura da sucessão para realizar a implantação do material criopreservado do *de cuius*.

Passado esse prazo, não seria mais possível a realização da procriação assistida póstuma com o material criopreservado, sob os fundamentos de que: deve-se proteger também os herdeiros já existentes do *de cuius*, não podendo eles ficarem esperando indefinidamente um comportamento da viúva; a demora da viúva para requerer a implantação do material criopreservado do *de cuius* poderia

⁶ Código Civil de 2002. “Artigo 1.799, I: Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”;

⁷ Artigo 1.800, §4^o: “Art. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. §4^o Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

descaracterizar o desejo que deu origem ao projeto parental; e, a demora na manifestação de vontade para implantação pode fazer com que o filho que será concebido seja lesado patrimonialmente e não tenha todos os seus direitos assegurados.

Por derradeiro, pode-se concluir que a filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida, especificamente a inseminação artificial homóloga póstuma, tem como critério de parentesco a consanguinidade e a presunção de paternidade estabelecida pelo Código Civil de 2002.

Ainda, por se tratar de situação que ocorre após a morte, necessário se faz a estipulação de prazo para a implantação do material criopreservado do *de cuius*, bem como a sua manifestação de vontade autorizando a realização do procedimento de inseminação após o seu falecimento, requisito o qual é de extrema importância e que será tratado devidamente no tópico a seguir.

5.2 A VONTADE COMO CRITÉRIO PERMISSIVO PARA IMPLANTAÇÃO *POST MORTEM*

A vontade é um elemento de extrema relevância ao se tratar das técnicas de reprodução humana assistida. O fundamento de tal afirmação está no fato de que cabe as partes exteriorizarem sua vontade de se submeterem as técnicas de reprodução humana assistida, após terem sido devidamente informadas sobre o procedimento, a sua eficácia e implicações.

Sobre autonomia privada, Roxana Borges (2005, p. 47) explica:

[...] poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Importante frisar que a autonomia da vontade foi superada pela autonomia privada. Um dos fundamentos para tanto, aduz a referida autora (2005, p. 53), está no fato de que a autonomia da vontade traz uma ideia de que não há limites para a liberdade de negociação, pois tudo depende da vontade que o sujeito tem. Por outro lado, a

autonomia privada, além do elemento da vontade, tem-se a limitação, ou seja, a vontade do sujeito está limitada pelo permitido pela ordem jurídica.

A autonomia privada está intimamente ligada as técnicas de reprodução assistida, tendo em vista que cabe às partes realizarem negócios jurídicos não patrimoniais para doarem seu material germinativo, bem como se submeterem a tais técnicas.

Nas palavras de Roxana Borges (2001, p. 121): “Os negócios com conteúdo não patrimonial, mais do que os outros, encontram seus limites no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.

Assim, é de extrema relevância fixar a premissa de que as questões que envolvem as técnicas de reprodução assistida devem sempre respeitar a dignidade do indivíduo. A gratuidade, não comercialização e confidencialidade são requisitos que existem para proteger a dignidade da pessoa humana.

No âmbito médico, as questões que envolvem a manifestação de vontade dos indivíduos fazem com que seja necessário fazer algumas pontuações sobre o consentimento informado.

Como a submissão as técnicas de reprodução assistida dependem unicamente da manifestação de vontade dos envolvidos, devem os mesmos estarem bem informados sobre os procedimentos e possíveis consequências do tratamento que irão se submeter.

Sobre a questão do consentimento informado, tem-se a sua extrema relevância no fato de que a sua concretização nas relações que envolvem os seres humanos tem por objetivo a proteção dos mesmos.

O direito à informação é protegido constitucionalmente, tendo em vista a sua previsão no artigo 5º, XIV da Constituição Federal de 1988. Assim, a não concretização do consentimento informado, no tocante às técnicas medicamente assistidas, configuraria como uma violação a um preceito constitucional.

Nos ensinamentos de Anna de Moraes Salles Beraldo (2000, p. 37), sobre o consentimento informado nas técnicas de reprodução assistida: “[...] a informação prévia, clara e suficiente deve levar em conta que o objeto dessa prestação de serviço médico é a procriação e, por isso, o consentimento deve constituir muito mais do que um mero documento assinado pelos beneficiários”.

A supracitada autora (2000) entende que, apesar da procriação medicamente assistida possibilitar a concretização do desejo de alcançar a maternidade e paternidade, ela também traz inúmeras dificuldades no transcorrer do seu procedimento. Assim, os pacientes devem ser informados pelo profissional médico dos riscos da técnica, da necessidade de haver diversas tentativas até conseguir a eficácia da fecundação, para que não sejam frustradas as expectativas dos pacientes em constituir a sua família mediante tais procedimentos.

Dessa forma, o consentimento informado é essencial para que seja protegido a dignidade da pessoa humana e sua autodeterminação (BERALDO, 2000, p. 37).

A vontade exteriorizada e documentada por escrito é um elemento considerado essencial para a realização de tais técnicas. Para que seja possível que a mulher, na condição de cônjuge ou companheira, venha a utilizar o sêmen criopreservado do seu marido ou companheiro já falecido, mister se faz a comprovação de que, em vida, ele expressou sua vontade de conceber um filho, deixando por escrito a autorização do destino que seria dado ao seu material criopreservado, o qual seria, a possibilidade da utilização do mesmo após a sua morte.

A necessidade de autorização prévia é a posição do Conselho Federal de Medicina, que dispõe, em sua Resolução n. 2.168/2017, seção VIII, sobre Reprodução Assistida *Post Mortem*: “É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Para reforçar tal entendimento, o enunciado n. 106, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal dispõe:

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.

Assim sendo, é possível extrair do conteúdo trazido pelo enunciado a necessidade de autorização escrita do marido antes da sua morte para que a viúva possa se utilizar da técnica da inseminação, bem como para que seja possível presumir a paternidade do falecido perante a criança que virá a ser concebida.

Dentre os posicionamentos doutrinários acerca dessa questão, posiciona-se Maria Berenice Dias (2015, p. 401) sobre a necessidade de autorização escrita:

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 653-654), alinham seu entendimento ao que dispõe o enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tendo em vista que o Código Civil nada dispôs sobre o tema.

Dessa forma, ambos os autores (2012 e 2015) entendem que, para que seja possível que a mulher utilize do sêmen criopreservado do marido/companheiro, após a morte do mesmo, ela precisa se encontrar na condição de viúva e deve existir documento escrito que comprove a anuência do marido para que seu material genético seja utilizado após a sua morte.

Na mesma linha, entende Maria Helena Diniz (2011, p. 616):

A coleta do material e sua utilização dependerá de anuência expressa dos interessados, ligados pelo matrimônio ou união estável, uma vez que têm propriedade das partes destacadas de seu corpo, como sêmen e óvulo; logo, deverão estar vivos, por ocasião da inseminação, manifestando por escrito, em formulário especial, sua vontade, após prévio esclarecimento do processo a que se submeterão [...], conscientes da responsabilidade assumida pela criação e educação do filho.

Sobre essa mesma questão, Paulo Lôbo (2011, p. 222) também defende a necessidade de autorização por escrito e entende que: “o princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim”.

Como não há uma legislação disposta sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida, existindo apenas para regular tais procedimentos a Resolução do Conselho Federal de Medicina e o Código de Ética Médica, seria coerente defender que o posicionamento da necessidade de autorização prévia é o mais viável de ser adotado e o que traz uma maior segurança jurídica para todos os envolvidos.

Assim, analisando os entendimentos doutrinários e disposições supracitadas, pode-se fixar a premissa de que para que seja possível a utilização do material genético criopreservado para implantação *post mortem* se faz necessário a presença de dois requisitos: a autorização prévia e na forma escrita do marido, anuindo com a

utilização do material genético após a sua morte e deve a mulher ou companheira estar na condição de viúva.

Dessa forma, o consentimento expresso do *de cujus* é requisito essencial para a utilização do material genético *post mortem*, tendo em vista que a utilização do mesmo acarretará em uma série de direitos que surgirão para o genitor e para a criança que será concebida.

Fixada a premissa de que se faz necessária a autorização expressa do marido para que a viúva utilize do sêmen criopreservado para implantação após a morte do mesmo, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 84) explicam que, caso não haja autorização expressa do marido ou companheiro, mas a viúva consiga utilizar o sêmen criopreservado para inseminação homóloga, a filiação será determinada por meio do critério biológico e não mais pela presunção de paternidade, como garantia de que o filho não ficará sem pai.

Todavia, existem situações em que o genitor pode vir a falecer de maneira inesperada, motivo o qual pode vir a interromper os projetos parentais eventualmente existentes. Nesses casos, é possível que já tenha se iniciado o tratamento dos envolvidos para se submeter as técnicas de reprodução assistida, já tenha ocorrido a criopreservação de material germinativo, sendo viável, analisando o caso concreto, extrair dos comportamentos adotados pelo genitor a sua vontade de constituir família e ter um filho, independentemente de autorização expressa.

Dessa maneira, para que seja possível que a mulher venha a utilizar o material genético doado por seu marido após a sua morte, não existindo autorização por escrito deixado pelo mesmo, será necessária autorização judicial.

Então, na ausência de consentimento expresso autorizando a utilização do material criopreservado após a sua morte e na ausência, ainda, de manifestação que proíba tal utilização, caberá ao juiz analisar o conjunto probatório existente, quais sejam, o projeto parental, oitiva de testemunhas, para que possa autorizar a implantação *post mortem*, ainda que não haja autorização expressa, requisito o qual é exigido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, Enunciado da I Jornada de Direito Civil e defendido pela maioria da doutrina, por questões de segurança jurídica.

Nessa linha, aduz Cristiano Colombo (2012, p. 164-165):

[...] a exigência de autorização expressa para a realização do procedimento e, sobretudo, para o estabelecimento da filiação é incabível quando, no mundo fático, não há qualquer oposição do falecido em gerar um filho, decorrente de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Nesse sentido, uma vez que o material genético foi por ele próprio depositado e não há amparo legal, atualmente, para a exigência de autorização expressa, conclui-se pelo estabelecimento da paternidade. Ademais, estabelecer interpretação em sentido contrário tendo o marido, em vida, depositado o material genético sem trazer qualquer oposição à sua utilização *post mortem* pela esposa decorre, inclusive, ofensa à boa-fé objetiva, nos termos do *non venire contra factum proprium*.

Sob este norte, também há que se falar na aplicação no princípio do *Venire Contra Factum Proprium* nos casos de inseminação artificial homóloga póstuma. Para o referido autor, a doação espontânea do marido figuraria na manifestação de sua vontade em conceber um filho e constituir sua família. Logo, o impedimento para utilização desse material genético doado, pela falta de autorização escrita para tanto, seria uma afronta à vontade daquele que doou.

Quanto à ausência de consentimento expresso, há que se falar no precedente do Tribunal de Justiça do Paraná, onde o magistrado Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, autorizou que uma viúva utilizasse o sêmen criopreservado do marido morto para conceber um filho, desejado por ambos, através da técnica de reprodução medicamente assistida, analisando o conjunto probatório do caso em questão, tendo em vista a inexistência de autorização escrita deixada pelo marido.

Na referida situação, o laboratório negou-se em realizar o procedimento, tendo em vista a ausência da autorização escrita pelo marido, sob a justificativa que tal autorização é requisito necessário para utilização do material criopreservado após a morte do doador, como dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Na sentença proferida pelo mencionado juiz, tem-se no seguinte trecho fundamentos de seu entendimento:

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

Dessa maneira, assim como entende Cristiano Colombo (2012), o juiz entendeu que o conjunto probatório, ou seja, a doação do marido, declarações de testemunhas, sobre a referida situação eram suficientes para comprovar e demonstrar a existência

de um projeto parental desejado pelos envolvidos no caso. Entendeu o magistrado, que a ausência da autorização escrita não era suficiente para impedir a continuidade do projeto parental.

Insta salientar que, a situação acima mencionada deve ser considerada como excepcional, tendo em vista que deve-se estabelecer que, via de regra, para que a inseminação artificial homóloga *post mortem* possa ocorrer, é imprescindível a autorização expressa do marido.

Por derradeiro, insta observar que, por questões de segurança jurídica e por atender o que dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina, seria razoável defender o posicionamento da necessidade do consentimento expresso do marido para que o material criopreservado – sêmen – possa ser utilizado pela viúva, nos casos de inseminação artificial homóloga póstuma.

Não basta a ciência possibilitar os procedimentos medicamente assistidos de reprodução. Mesmo decorrido anos da morte do genitor se faz extremamente necessária a autorização expressa, haja vista que isso envolve não apenas os genitores e suas realizações pessoais de constituírem sua família, mas sim os direitos da criança que virá a ser concebida.

5.3 PRINCÍPIOS INCIDENTES

Por conta da ausência de legislação no tocante à reprodução humana assistida, há que se utilizar dos princípios constitucionais como diretrizes, a fim de se assegurar os direitos daqueles desprotegidos por conta de tal lacuna jurídica.

Na visão de Humberto Ávila (2013, p. 85-86), os princípios são normas que estabelecem um fim a ser atingido. Para o referido autor (2013), “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos necessários”.

Assim, o desenvolvimento e as inúmeras descobertas científicas no campo da bioética fizeram com que surgisse a necessidade de utilizar valores éticos e

princípios, com o escopo de proteger a dignidade da pessoa humana (BERALDO, 2000, p. 21).

Dessa forma, visa o presente tópico demonstrar os princípios que incidem nas situações que envolvem a problemática que gira em torno da inseminação homóloga *post mortem*.

5.3.1 Igualdade absoluta entre os filhos

A incidência do princípio da igualdade absoluta entre os filhos é de extrema importância para as questões jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*, a fim de se proteger os direitos, tanto no âmbito do direito de família como no direito sucessório, do filho decorrente de tais técnicas.

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 227, §6º, a igualdade absoluta entre os filhos. Dessa forma, a Lei Máxima estabeleceu o tratamento igualitário entre os filhos, independentemente da sua origem, biológica ou afetiva, proibindo ainda, qualquer designação discriminatória com relação a eles.

Seguindo esse raciocínio constitucional, Maria Berenice Dias (2015, p. 47-50), leciona:

Agora a palavra filho não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente filho. [...] Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais“.

Atentando-se aos moldes estabelecidos pelo Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) em seu artigo 20⁸ e o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.569⁹, reproduziram e adotaram a premissa constitucional da igualdade absoluta entre os filhos, não havendo possibilidade de tratamento ou designações diferenciadas entre eles.

Sobre a igualdade de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem, Guilherme Gama (2003, p. 435-436) entende que, após a identificação de

⁸ Art. 20. 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.

⁹ Art. 1.596. 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.

parentalidade, os filhos que são do mesmo pai ou da mesma mãe possuem os mesmos direitos, sendo irrelevante a origem de sua filiação, se biológica ou afetiva.

Logo, à luz desse princípio, no que se refere aos aspectos sucessórios da criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga póstuma, seria incabível o seu tratamento diferenciado com relação aos seus irmãos, que eram vivos quando da morte do seu genitor, tendo em vista que isso seria uma violação do seu direito constitucional de tratamento igualitário como filho.

Seguindo esse raciocínio, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 133):

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano patrimonial e existencial. [...] vale afirmar que todo e qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal. Com isso, todos os dispositivos legais que, de algum modo, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repelidos do sistema jurídico.

Convém salientar que o princípio da igualdade entre os filhos, assim como os demais analisados nesse capítulo, são formas de efetivação da dignidade da pessoa humana, logo não seria razoável haver desrespeito ou descumprimento com relação a eles.

Ante o exposto, os efeitos decorrentes das técnicas de inseminação assistida devem ser analisados, de maneira a se efetivar o princípio da igualdade entre os filhos e, por consequência, a dignidade humana do indivíduo.

5.3.2 Melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é de extrema importância para a proposta do presente trabalho monográfico, tendo em vista que a problemática discutida gira em torno dos direitos da criança concebida mediante as técnicas de reprodução assistida, a qual deverá ter sempre os seus direitos assegurados.

A consagração do melhor interesse da criança e do adolescente, como princípio constitucional, acarretou em uma mudança no foco das relações paterno-materno-filiais, como bem leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 456).

A partir da consagração de tal princípio pela Constituição Federal de 1988, a criança passou a ser vista como sujeito de direito, o qual merece ser tutelado pelo ordenamento jurídico com absoluta prioridade, se comparado com os demais integrantes da família, como menciona o referido o autor (2003).

Seguindo o mesmo raciocínio, Paulo Lôbo (2012, p. 75) também entende que houve uma inversão de prioridades nas relações entre pais e filhos, tendo em vista que antigamente o poder familiar existia em função do pai, mas hoje as relações familiares giram em torno dos interesses dos filhos, haja vista que a criança, após a consagração constitucional do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, passou a ser considerada como um sujeito de direito e pessoa em desenvolvimento dotada de dignidade.

Diante dessa nova percepção, a criança passou a ser o centro das atenções no que se refere à sua tutela, logo, em situações que existam conflitos familiares, deve-se ter sempre como prioridade a proteção e respeito ao direito da criança, bem como as decisões tomadas devem ser aquelas que melhor atendam aos seus interesses.

Sobre o tratamento prioritário que é dado às crianças na tutela de seus direitos, Maria Berenice Dias (2015, p. 50) leciona:

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).

O *caput* do artigo 227¹⁰, da Lei Máxima, em seu teor, dispõe que o Estado, a sociedade e a família devem tratar, de forma prioritária, os interesses da criança e do adolescente, a fim de resguardar os seus direitos e efetivar a tutela de sua dignidade como pessoa.

Nos dizeres de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 458), tem-se que a Constituição Federal de 1988 abarcou o entendimento doutrinário da proteção

¹⁰ Constituição Federal de 1988. “Art. 227, *caput*: 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.

integral da criança e do adolescente. Tal entendimento provocou a mudança do paradigma das relações familiares, como fora explicado anteriormente.

Dessa forma, é possível concluir que após a consolidação constitucional do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ficou a cargo do Estado, da sociedade e da família tutelar os interesses e direitos da criança e do adolescente, de maneira prioritária com relação aos demais integrantes da sua entidade familiar.

Pode-se citar outro dispositivo legal, o qual demonstra que a criança e o adolescente também têm prioridade com relação a proteção dos seus direitos e interesses, o qual seria o artigo 4¹¹, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que se refere às técnicas de reprodução assistida, especificamente a inseminação artificial homóloga póstuma, mister se faz a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista a ausência legislativa dispondo sobre a utilização de tais técnicas e os efeitos jurídicos que dela decorrem.

Ora, não parece coerente que o filho concebido através da inseminação homóloga *post mortem*, por conta da falta de amparo legislativo, fique descabido de proteção, no tocante à tutela de seus direitos e interesses.

A celeuma do presente trabalho gira em torno das questões sucessórias do filho concebido artificialmente, após a morte do seu genitor. Como fora discutido anteriormente, os indivíduos possuem o direito à procriação, que faz referência ao princípio do livre planejamento familiar. Assim, os indivíduos que não podem procriar naturalmente, podem se valer das técnicas reprodutivas medicamente assistidas para constituírem a sua família.

Porém, apesar da existência do livre planejamento familiar, tem-se que o mesmo é limitado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Sendo assim, pode o indivíduo construir o seu projeto parental e ser amparado pelo Estado, desde que o seu projeto e o próprio indivíduo demonstrem possuir condições de prover uma vida digna a criança que será concebida, atendendo seus interesses e tutelando os seus direitos.

¹¹ Lei 8.906/90. “Art. 4: 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”.

Dessa forma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é fundamental para a resolução de questões controversas que envolvam tais sujeitos e, em se tratando da problemática sucessória que envolve a criança concebida por reprodução assistida póstuma, mister se faz a sua aplicação, a fim de que a ausência legislativa não seja causa justificadora para o desamparo da tutela de seus direitos.

5.3.3 Livre planejamento familiar

O princípio do livre planejamento familiar foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §7º. Após essa consolidação constitucional, a Lei do Livre Planejamento Familiar (9.263/96) e, em seguida, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, §2º¹², consagraram tal princípio, reforçando ainda mais a sua existência.

Sobre o dispositivo do Código Civil de 2002, artigo 1.565, §2º, importante observar que o mesmo se aplica também nas situações de união estável, conforme dispõe o Enunciado 99 da I Jornada de Direito Civil¹³.

Analisando os dispositivos supracitados, pode-se dizer que o texto legal reconhece a possibilidade dos indivíduos de recorrer às técnicas de reprodução assistida com fins de reprodução. Todavia, a utilização dessas técnicas, com o escopo de exercer o direito à procriação, é conduzida pelos princípios do livre planejamento familiar, parentalidade responsável e melhor interesse da criança e do adolescente (GAMA, 2003, p. 449-450).

Na análise feita por Maria Berenice Dias (2015, p. 47) sobre o mencionado princípio, a mesma conclui que a livre decisão sobre o planejamento familiar reflete no princípio da igualdade. Logo, por interpretação doutrinária, haja vista a ausência de

¹² Código Civil de 2002. “Art. 1.565 – Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. §2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

¹³ Enunciado 99 - Art. 1.565, § 2º: O art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do I, III, IV e V Jornadas de Direito Civil 27 art. 226, caput, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

disposição legal, pode-se dizer que o Estado deve propiciar a todos os indivíduos de forma igualitária o acesso às técnicas de reprodução medicamente assistida, bem como todas as informações necessárias, no âmbito educacional e financeiro, para que o indivíduo exerça tal direito.

Fixada a premissa de que o livre planejamento familiar é um direito de todos os indivíduos, importante analisar a sua limitação, ou seja, pode o casal ou até a pessoa individualmente (família monoparental), questão já tratada em tópico anterior, se valer do princípio do livre planejamento familiar para constituir a sua família, tendo em vista a sua impossibilidade de procriar de maneira natural, desde que seja possível verificar que o filho concebido terá para si todos os direitos assegurados, bem como a ele será propiciada uma vida digna.

Sucintamente, Paulo Lôbo (2012, p. 218) conceitua o princípio em análise: “No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites e condições”.

Todavia, convém reforçar a ideia de que o livre planejamento familiar está limitado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, parentalidade responsável e melhor interesse da criança e do adolescente. A liberdade do casal não é absoluta e ilimitada, pois o acesso a tais técnicas reflete nos interesses de uma terceira pessoa, a qual seria, a criança concebida.

Sobre a incidência do princípio do livre planejamento familiar nas situações que envolvem a técnica de reprodução humana assistida, leciona Guilherme Gama (2003, p. 451-452):

[...] as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, como a inseminação artificial, somente são legítimas e constitucionais, desde que haja efetiva necessidade da adoção de qualquer uma das técnicas, combinado com o elemento anímico para o estabelecimento do vínculo paterno-materno-filial no contexto dos princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança.

Ante o exposto, é razoável concluir que o princípio do livre planejamento familiar se faz presente nas discussões em torno das questões jurídicas decorrentes das técnicas de reprodução assistida póstuma. Assim, devido a ausência de disposição legislativa sobre as questões jurídicas acima explanadas, deve-se utilizar dos

princípios existentes no ordenamento, a fim de se garantir os direitos do filho concebido mediante as técnicas medicamente reprodutivas.

5.3.4 Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é considerada como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, sobre o mencionado princípio, Ricardo Mauricio Freire (2010, p. 135) aduz que, a dignidade da pessoa humana é a norma basilar de todo o ordenamento jurídico constitucional, tendo em vista que ele orienta na compreensão e aplicação de diversos outros direitos fundamentais.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Maria Berenice Dias (2015, p. 44-45) enquadra a dignidade da pessoa humana como sendo um princípio universal, do qual todos os demais princípios, como liberdade, autonomia privada, igualdade, cidadania, emanam.

Dessa forma, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é inerente a todo e qualquer ser humano, não podendo ser desrespeitada ou retirada do homem. O referido princípio tem que estar de acordo com os demais princípios, tendo em vista que é o princípio basilar de todo o ordenamento e que dele decorrem a efetivação dos demais direitos fundamentais.

Dessa maneira, entende Laura Levy (2011, p. 29):

O princípio da dignidade da pessoa humana avulta no ordenamento jurídico constitucional a partir de sua centralidade que privilegia a posição do sujeito concreto e suas necessidades, passando a incidir de forma especial e diversa sobre os demais princípios constitucionais.

Do princípio da dignidade da pessoa humana, como já fora dito, existe a prestação e efetivação dos demais direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida, liberdade, disposição do próprio corpo, igualdade e outros.

Nas situações em que envolvem as técnicas de reprodução assistida, tem-se a necessidade de analisar a dignidade da pessoa humana em três vertentes, que seriam: a dignidade da pessoa humana presente na elaboração do projeto parental

pelo casal ou pela pessoa sozinha, a dignidade da criança que será concebida e a dignidade da viúva em continuar com o projeto parental, após o falecimento do seu companheiro.

Ora, deve-se analisar os princípios de forma conjunta, a fim de se garantir o equilíbrio das relações entre os indivíduos e a efetivação da dignidade de cada um.

Seguindo esse raciocínio, Laura Levy (2011, p. 30), explica: “A dignidade da pessoa humana sustenta, agrega e encetra o sistema constitucional ao redor de seu conteúdo fundamental: direito à igualdade material, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade”.

No que se refere à vertente da dignidade na situação do casal, quando da elaboração do projeto parental, importante citar que, nessa situação, também incide o princípio da liberdade e direito ao próprio corpo, tendo em vista que tem o casal a plena liberdade sobre seu planejamento familiar e, em caso de submissão às técnicas de reprodução assistida, pode o casal doar o seu material genético, a fim de que seja possível a concretização do projeto parental elaborado.

A mulher e o seu marido ou companheiro, quando em vida, têm sua dignidade efetivada no exercício do princípio do livre planejamento familiar, ou seja, quando os mesmos têm a sua disposição as técnicas de reprodução assistida para que seja possível a concepção do seu núcleo familiar.

A fim de ratificar o entendimento acima mencionado, Marcio Delfim (2011, p. 11) aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana se faz presente em todos os ramos do direito e, no âmbito do direito da família é possível perceber a sua efetivação pela existência do planejamento familiar.

Sobre o direito ao próprio corpo, Guilherme Calmon (2003, p. 166-167) entende que com os avanços da medicina, cada vez mais vem sendo possível a disposição de partes do corpo humano, a fim de se efetivar outros desejos inerentes ao homem, como, por exemplo, a doação de célula germinativa para que seja possível a concepção de um filho através da inseminação artificial, situação a qual demonstra a efetivação da dignidade do homem. Todavia, importante frisar que a disposição do próprio corpo encontra limites, haja vista que o direito ao próprio corpo está relacionado a própria integridade física da pessoa.

Assim, como explica o referido autor (2003, p. 168):

A dignidade da pessoa humana abrange, obrigatoriamente, o respeito, a proteção e a promoção da integridade física e psíquica da pessoa, motivo pelo qual são proibidas penas desumanas, cruéis e degradantes [...], além de impedir a utilização de pessoas como instrumentos para experimentações científicas.

Sobre a liberdade, tal princípio também tem íntima relação com a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a autonomia que o indivíduo possui é forma de efetivação da sua própria dignidade.

A segunda vertente da dignidade da pessoa humana se refere à criança que será concebida. Pode-se dizer que a mesma tem sua dignidade efetivada no momento em que prepondera o princípio do melhor interesse da criança, tendo em vista que a criança deve ser protegida de maneira prioritária com relação aos outros indivíduos.

Sobre a criança decorrente da técnica de reprodução assistida póstuma, no que se refere aos seus direitos sucessórios, a omissão legislativa sobre essa questão não pode ser fundamento para a não garantia dos seus direitos, pois isso seria uma afronta a sua própria dignidade. Ainda, a criança concebida por meio de inseminação artificial póstuma tem garantidos todos os seus direitos, assim como os seus irmãos, que possam existir ou não, devendo ser tratada da mesma maneira, por força constitucional do princípio de igualdade entre os filhos.

A última vertente se refere à figura da viúva, a qual tem sua dignidade efetivada quando consegue utilizar o material criopreservado do *de cuius* e, com isso conceber uma gravidez, desde que o falecido tenha deixado o seu consentimento expresso, autorizando a possibilidade de utilização do seu material criopreservado após a sua morte.

Por fim, sintetizando o conceito da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (2004, p. 59-60) leciona:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ante o exposto, é possível concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana se faz presente em todas as situações que envolvem os indivíduos, devendo sempre

ser respeitado, haja vista que a partir dele é possível efetivar e tutelar todos os outros direitos fundamentais existentes.

5.4 DO DIREITO À SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Após esclarecidas as premissas necessárias para melhor se analisar a celeuma jurídica que gira em torno dos direitos sucessórios do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, necessário se faz destrinchar sobre as posições doutrinárias acerca do direito sucessório desse futuro filho.

Apesar do Código Civil de 2002 contemplar a possibilidade de ocorrer inseminação artificial homóloga, ainda que após falecido o marido, presumindo, nesses casos, a paternidade e resguardando para a criança o direito à filiação, ele se fez silente quanto aos direitos sucessórios.

Todavia, cabe dizer que seria uma incoerência garantir direitos de filiação a uma criança concebida por meio das técnicas medicamente assistidas e negar-lhe direitos sucessórios. Por conta disso, parte da doutrina se embasou nas disposições trazidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nos princípios constitucionais, com o escopo de proteger e amparar a criança concebida por meio das referidas técnicas na seara sucessória, visando garantir uma maior segurança jurídica.

O primeiro posicionamento doutrinário contempla a condição de herdeiro testamentário do filho concebido por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Nesse sentido, o referido posicionamento fundamenta-se na disposição acerca da prole eventual, prevista no Código Civil. Sendo assim, tem-se o entendimento de que a criança concebida por meio de técnica de reprodução assistida póstuma só irá adquirir capacidade sucessória e poderá suceder, ainda que concebida após a morte do *de cuius*, se fosse beneficiada em testamento, devendo o mesmo conter disposição acerca da prole eventual.

Seguindo essa linha de raciocínio, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2009, p. 22-23) explica que, com a possibilidade de se criopreservar o material genético

doado, é plenamente possível que uma mulher possa vir a gerar um filho advindo desse material, mesmo que após a morte do doador do sêmen, situação a qual acarretaria discussões acerca do direito sucessório desse filho.

Continuando seu raciocínio, o autor (2009) entende que a única maneira do concepturo ser herdeiro, nos casos de inseminação homóloga ou heteróloga *post mortem*, é através de sucessão testamentária, haja vista a disposição prevista no Código Civil acerca da prole eventual. Todavia, essa concepção deve ocorrer em até dois anos contados da abertura da sucessão, pois, decorrido esse prazo, os bens reservados a essa prole eventual serão devidos aos herdeiros legítimos, salvo disposição de forma contrária do testador.

Nesse sentido, aduz o mencionado autor (2009) que a lei garante o vínculo de filiação da criança concebida após a morte do seu genitor, haja vista disposição contida no Código Civil e, dessa maneira, não se justificaria privar a criança de capacidade sucessória para recolher a parte que lhe cabe da herança. Assim sendo, fundamenta-se no instituto da prole eventual para garantir os direitos sucessórios dessa criança futura, que apenas poderia herdar na condição de herdeiro testamentário.

Em um posicionamento mais radical, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 478) entende que, nas situações que envolvem o sêmen congelado do falecido, ou seja, apenas material genético criopreservado, a viúva pode utilizá-lo a fim de procriar. Todavia, a criança concebida não terá direito sucessório algum com relação ao patrimônio do seu genitor falecido, tendo em vista que não estava concebida quando do momento do seu falecimento.

Insta salientar, que o posicionamento do referido autor (2012) não deve prevalecer, pois seria uma afronta aos princípios constitucionais do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana. Não é razoável garantir direitos inerentes à filiação, mas por outro lado negar direitos sucessórios. Ainda, a Constituição Federal de 1988 veda o tratamento desigual entre os filhos e, negar direito sucessório à criança concebida após a morte do seu genitor por meio de técnica de reprodução assistida seria um retrocesso e desrespeito a igualdade que tanto fora buscada ao longo dos anos.

Maria Helena Diniz (2011, p. 62-63) também é defensora do entendimento de que o concepturo só pode herdar na condição de herdeiro testamentário, sob o fundamento de disposição de última vontade contemplando a prole eventual. Ainda, defende o disposto no artigo 1.800, §4º do Código Civil, ou seja, a concepção da prole eventual deve ocorrer no prazo de 2 anos contados da abertura da sucessão, sob pena de caducar tal cláusula testamentária.

Seguindo essa lógica, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que na situação em que haja apenas o sêmen congelado no momento da abertura da sucessão, não há que se falar em direito à herança na condição de herdeiro legítimo, apesar de ser reconhecido como filho do *de cuius* e, em assim sendo, lecionam (2015, p. 83-84):

[...] se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia [...]. Ou seja, o exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, na qual uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo, caso não esteja concebida (no útero materno ou no laboratório) no momento da abertura da sucessão. Nesse caso, porém, poderá, de qualquer sorte, ter sido beneficiado por testamento deixado pelo seu pai em favor da prole eventual (CC, art. 1.800, §4º), desde que tenha sido concebido no prazo de dois anos, contados a partir da data do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária.

Nesse sentido, a fim de se preencher a lacuna jurídica existente no ordenamento pátrio quanto às questões sucessórias do filho concebido através de técnica de procriação assistida, haja vista que o Código Civil apenas permite a realização do procedimento *post mortem*, mas nada dispõe acerca das consequências jurídicas provocadas no âmbito sucessório, o entendimento proveniente de parte da doutrina é que a criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* teria o seu direito sucessório assegurado na condição de herdeiro testamentário, podendo se beneficiar do patrimônio deixado pelo seu genitor falecido, através de disposição de última vontade que contemple a prole eventual, devendo respeitar o prazo estabelecido no artigo 1.800, §4º do Código Civil, sob pena de perder a parte da herança que lhe fora concedida.

Por derradeiro, convém salientar que esse posicionamento confere, ao menos, a condição de herdeiro testamentário ao filho concebido através da técnica de procriação assistida póstuma, não o deixando desamparado no tocante aos seus direitos sucessórios. Todavia, tal entendimento fere o preceito constitucional da

igualdade entre os filhos, haja vista que essa criança, na condição de herdeiro testamentário, não será tratada da mesma forma que os outros descendentes, considerados como herdeiros legítimos e necessários.

Ainda, importante pontuar que é incomum a prática da realização de testamento no Brasil e, dessa maneira, a criança concebida por meio de inseminação póstuma ficaria desamparada no tocante aos seus direitos sucessórios, haja vista que só herdaria por conta de cláusula testamentária que contemple a prole eventual, o que seria uma afronta a diversas garantias constitucionais inerentes a ela como o direito à herança, a dignidade da pessoa humana e a igualdade absoluta entre os filhos.

Nesse sentido, Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 18) explica sobre a prática do testamento no Brasil:

[...] não é costume do brasileiro deixar testamento, mas sim seguir a sucessão legítima, isso que tem que ser levado em conta no momento de decidir o caso, para que o filho havido pela mencionada técnica de reprodução assistida não seja prejudicado em relação aos demais herdeiros.

Dessa maneira, há que se falar no entendimento doutrinário que defende a possibilidade de condição de herdeiro legítimo à criança concebida por meio de inseminação artificial póstuma, como será tratado a seguir.

5.5 DO DIREITO À SUCESSÃO LEGÍTIMA

Parte da doutrina posiciona-se no sentido de que a criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, no tocante aos seus direitos sucessórios, se enquadraria na condição de herdeiro legítimo, sob o fundamento de que, pela omissão legislativa acerca dessa questão, deve-se utilizar o Estatuto da Criança e do Adolescente e os princípios constitucionais existentes, a fim de preencher tal lacuna jurídica e garantir os direitos sucessórios da referida criança.

Como explicado anteriormente, a existência de herdeiros legítimos e necessários faz com que haja uma limitação na liberdade de testar do indivíduo, haja vista a previsão legal de que 50% do patrimônio do falecido se enquadra como parte legítima da herança, que é protegida e será destinada aos herdeiros legítimos e necessários. Dessa maneira, cabe dizer que a legítima é vista como uma garantia mínima que é

reservada aos herdeiros necessários, sendo uma parcela que pertence, de pleno direito, a eles.

Sobre o mencionado instituto, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015, p. 28) explicam: “A legítima representa a parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos herdeiros necessários, com clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio”.

Ante o exposto, é possível perceber que o legislador se preocupou em proteger e amparar os herdeiros necessários, dentre eles encontram-se os descendentes, haja vista a instituição da legítima.

Sendo assim, o posicionamento doutrinário que defende a capacidade sucessória testamentária da criança concebida não traria uma segurança plena aos direitos sucessórios dessa criança, haja vista que os mesmos estariam condicionados a existência de disposição de última vontade de testador, que contemplasse a prole eventual. Como fora dito, não é comum a realização de testamento entre os brasileiros, logo, a capacidade testamentária da criança gerada por meio de inseminação póstuma não seria eficaz para garantir os seus direitos.

Ainda, a criança concebida por meio de reprodução assistida póstuma é descendente do falecido, como dispõe o Código Civil que presume a paternidade do genitor e, assim sendo, o enquadramento da referida criança apenas como sucessor testamentário seria uma afronta a Constituição Federal, que consagrou o tratamento igualitário entre os filhos, independente de sua origem, haja vista que os outros descendentes do falecido, estando vivos ou concebidos quando da abertura da sucessão, herdariam na condição de sucessores legítimos, ou seja, por força de lei e independentemente de disposição testamentária.

Defendendo o posicionamento da condição de sucessor legítimo, Marcio Rodrigo Delfim (2011, p. 14) se fundamenta no princípio da igualdade absoluta entre os filhos, dignidade da pessoa humana e livre planejamento familiar, previstos na Constituição Federal, e entende que é incoerente reconhecer a presunção da filiação, prevista no Código Civil de 2002, mas excluir o direito sucessório da criança concebida por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem*. Dessa maneira, a referida criança deve ter os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão concebido ou nascido antes da morte do genitor.

Ainda, sob a justificativa do direito à herança previsto constitucionalmente, o mencionado autor (2011) entende que seria inconstitucional interpretar restritivamente o que dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, haja vista que os avanços da ciência têm possibilitado a procriação assistida póstuma. Dessa forma, deve-se encarar a reprodução assistida *post mortem* como sendo uma situação peculiar. Assim, a regra aplicável continuaria sendo o disposto no artigo 1.798 e, apenas excepcionalmente, nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, o filho concebido após o momento da abertura da sucessão teria capacidade sucessória.

Finalizando o entendimento do referido autor (2011, p. 17), a condição de herdeiro testamentário do filho concebido após a morte do genitor seria inconstitucional, ainda que haja previsão da prole eventual no Código Civil, pois violaria o princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Assim, sendo o filho concebido por meio de inseminação póstuma, filho do mesmo pai e da mesma mãe, com relação a seus irmãos, cabeira a ele capacidade sucessória legítima.

Seguindo esse raciocínio, Silvio Rodrigues (2004, p. 315), sucintamente, aduz que: “em nosso sentir, o filho assim concebido após a morte do pai será herdeiro em igualdade com os demais descendentes”.

Com relação ao entendimento à sucessão legítima, tem-se que esse também é o posicionamento de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho e Maria Berenice Dias (2015, p. 402), a qual, nesse sentido, leciona:

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido. Esta é a posição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, que invoca ainda o princípio da liberdade e o direito ao planejamento familiar, ambos consagrados em sede constitucional. Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga *post mortem* e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno.

Dessa maneira, pode-se dizer que a mencionada autora segue o raciocínio de que a criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga póstuma, existindo autorização expressa do marido consentindo com tal técnica, deve se enquadrar na condição de legítima, haja vista o princípio da igualdade entre os filhos. Por outro lado, entende ainda que há possibilidade desse filho ser contemplado por meio de

testamento através da prole eventual, apesar desse entendimento não estar atrelado com os princípios constitucionais.

Como fora explicado em tópico anterior, por questões de segurança jurídica, é mais conveniente defender a necessidade da existência de autorização expressa deixada pelo genitor, autorizando a utilização do seu material genético criopreservado para implantação após a sua morte, para que a viúva possa vir a utilizá-lo. Tal entendimento está alinhado com as disposições contidas na Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Todavia, existem situações em que não há autorização expressa deixada pelo indivíduo, mas analisando as circunstâncias fáticas e o caso concreto é possível extrair a vontade do falecido em constituir sua família, ainda que a efetivação do seu desejo parental venha a ocorrer após a sua morte. Essa situação deve ser vista como excepcional e para que a viúva possa utilizar o material genético criopreservado do *de cuius*, se faz necessário uma autorização judicial.

Reforçando o posicionamento doutrinário acerca da condição de herdeiro legítimo, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p. 58-59) leciona no sentido de que é plenamente viável que o procedimento da inseminação artificial homóloga venha ocorrer após a morte, haja vista a possibilidade de se criopreservar o sêmen, sendo esta possibilidade contemplada pelo Código Civil.

Nesse sentido, a referida autora (2009) entende que:

[...] supondo que tenha havido a autorização e que os demais requisitos tenham sido observados, admitindo-se, assim, a inseminação *post mortem*, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, §6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido.

Para fins de exercer a sua capacidade sucessória e ter restituído para si a parte da herança que lhe cabe, a criança proveniente das técnicas artificialmente procriativas após a morte, pode-se valer da ação de petição de herança, conforme explica Anna de Moraes Salles Beraldo (2010.1, p. 79). Através da mencionada ação poderá o indivíduo obter o reconhecimento da sua qualidade de herdeiro e, com isso, seus direitos sucessórios.

Convém salientar que, é necessária a fixação de um prazo para que a viúva implante o material genético criopreservado. Nesse sentido, conveniente seria aplicar a

disposição do artigo 1.800, §4º do Código Civil, o qual dispõe sobre a prole eventual. Assim sendo, teria a viúva o prazo de 2 anos contados da morte do *de cuius* para realizar o procedimento da inseminação artificial com o material criopreservado. Passado esse prazo, não seria mais possível a realização da reprodução assistida póstuma.

Ante as considerações feitas e as posições doutrinárias apresentadas, convém concluir que, é mais razoável o entendimento de que a criança concebida por meio da inseminação artificial póstuma se enquadre na condição de herdeiro legítimo, haja vista que tal posicionamento está alinhado com as garantias previstas na Constituição, como a dignidade da pessoa humana, igualdade absoluta entre os filhos e melhor interesse da criança e do adolescente.

Ainda, o direito à herança é visto como fundamental, logo, uma criança não pode ficar desamparada na seara sucessória, pelo fato de ter sido concebida após a morte do genitor e não se enquadrar na regra da capacidade sucessória prevista no Código Civil.

A Lei Máxima garante aos indivíduos o direito ao livre planejamento familiar. Sendo assim, a morte não pode ser causa que enseje na ineficácia e conseqüente invalidação desse projeto.

Dessa maneira, tem-se que o Código Civil permite a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*, tendo em vista a possibilidade de criopreservação do sêmen e dispõe a presunção de paternidade como critério determinador da filiação. Logo, baseando-se nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade absoluta entre os filhos, deve-se garantir também a essa criança todos os seus direitos sucessórios, embasando-se nos preceitos constitucionais e nas discussões doutrinárias acerca dessa questão, haja vista a lacuna jurídica existente nessa seara.

6 CONCLUSÃO

Com o constante avanço da ciência e da medicina, impulsionados devido ao surgimento das inovações tecnológicas, foram desenvolvidas as técnicas de reprodução assistida para atender aos anseios da sociedade, trazer soluções para os problemas decorrentes de algumas doenças e possibilitar que fosse alcançada a maternidade e paternidade por aqueles que pelas vias naturais são incapazes de realizar tal feito.

Dessa maneira foram criados métodos de procriação medicamente assistida, que têm a potencialidade de enfrentar os problemas que envolvem a infertilidade e esterilidade e, conseqüentemente, fazer com que os indivíduos que sofram com as debilidades supracitadas procriem e constituam a sua família.

Assim sendo, as técnicas de reprodução assistida são mecanismos que viabilizam a concretização da maternidade e paternidade através de procedimentos que independem da relação sexual, haja vista que são feitos em laboratório e funcionam como se substituíssem ou facilitassem as etapas da fecundação.

No âmbito da utilização das técnicas de reprodução assistida, surgiu a discussão acerca da existência do direito à procriação. O referido direito é considerado como uma garantia fundamental consagrada pela Constituição Federal de 1988, o qual é efetivado pelo exercício do livre planejamento familiar.

O livre planejamento familiar também é uma garantia consagrada na Lei Máxima, e, em seu teor, consiste em ser a garantia do indivíduo de planejar a sua família e de se submeter às técnicas de reprodução assistida para efetivar o seu projeto familiar.

Tal preceito constitucional está atrelado à dignidade da pessoa humana e ao atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, pois o direito à procriação envolve o interesse do casal em constituir família e o da criança que será concebida por meio da técnica de reprodução assistida.

Cabe pontuar que, no tocante ao livre planejamento familiar, o exercício do direito à procriação pode ser exercido por uma pessoa sozinha, haja vista o reconhecimento da família monoparental pela Constituição Federal. Para tanto, necessário se faz resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente. Logo, tanto o casal,

quanto a pessoa sozinha poderá exercer o seu direito à procriação por meio das técnicas de reprodução assistida, desde que tenham condições de prover para a criança uma vida digna.

Insta enfatizar, que o direito à procriação é fundamental, mas não é absoluto, tendo em vista os princípios que o limitam, quais sejam, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o da dignidade da pessoa humana e parentalidade responsável.

O direito à procriação pode ser exercido após a morte, haja vista que a mesma não pode ser causa ensejadora de invalidade do projeto parental que, quando em vida, fora construído com tanto amor. Todavia, para tanto, se faz necessário a autorização expressa do *de cuius* para que a viúva possa implantar o material criopreservado doado por ele.

O entendimento de que a necessidade de autorização expressa é necessária encontra fundamento na Resolução do Conselho Federal de Medicina, o qual, ante a omissão legislativa, é utilizado como parâmetro para tentar regular as situações que envolvem técnicas de reprodução humana assistida.

Todavia, existem situações em que não há o consentimento expresso, mas se forem analisadas outras provas existentes ou ouvidas algumas testemunhas seria possível encontrar o elemento volitivo, o qual seria suficiente para que um juiz viesse a autorizar que a viúva utilizasse o material criopreservado do *de cuius*. Tal situação deve ser tratada como excepcional, mas não é possível negar a sua possibilidade de ocorrência.

Porém, via de regra, é conveniente concluir que, por questões de segurança jurídica e, para alinhar o entendimento com as disposições do Conselho Federal de Medicina, mister se faz a presença da autorização expressa do *de cuius*, anuindo com a utilização do seu material genético criopreservado após o seu falecimento.

Dentre as técnicas existentes de reprodução assistida, pode-se diferenciá-las no tocante ao material utilizado para sua realização. Dessa maneira, o procedimento será heterólogo, quando o material genético utilizado pertencer a um terceiro, que não o casal, tendo a criança, nessa hipótese, vínculo consanguíneo ou com o pai ou com a mãe. Em contrapartida, será procedimento homólogo, quando o material

genético utilizado for o do casal e, nessa situação, haverá total compatibilidade genética entre a criança concebida e seus genitores.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* é permitida pelo Código Civil de 2002, o qual presume a paternidade da criança decorrente de tal técnica. Ainda, sua realização encontra fundamento na possibilidade de criopreservação do sêmen, mecanismo pelo qual congela-se o material genético doado, podendo o mesmo ser utilizado ainda que passados anos da morte do doador.

Insta salientar que, a reprodução humana não é legalmente regulada, motivo pelo qual tem-se uma enorme insegurança jurídica com relação as pessoas que utilizam as referidas técnicas. Dessa maneira, para suprir a lacuna jurídica existente, deve-se utilizar os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Ética e a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a fim de que as técnicas sejam aplicadas com maior eficiência e seja resguardado ao usuários e indivíduos provenientes de tais técnicas todos os direitos que decorrem do mencionado procedimento.

Ainda, ante a ausência legislativa brasileira e fazendo uma breve análise do direito comparado no tocante à legislação que regula os procedimentos de reprodução assistida em outros países, pode-se concluir que as disposições do ordenamento espanhol são as que mais se aproximam da realidade brasileira, uma vez que fundamenta o acesso às técnicas de reprodução assistida no direito ao livre planejamento familiar e permite a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, assegurando os direitos inerentes às crianças concebidas através da referida técnica, situação a qual é similar ao Brasil, que fundamenta o acessos às técnicas de procriação assistida no princípio do livre planejamento familiar e autoriza, através do Código Civil, a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, presumindo a paternidade da criança concebida mediante tal procedimento.

A utilização da inseminação artificial homóloga *post mortem* acarretou em diversas discussões acerca do direito sucessório do filho concebido por meio desta. O direito das sucessões visa regular a destinação que será dada ao patrimônio do indivíduo após a sua morte, que pode decorrer em virtude da lei ou por disposição testamentária. O ordenamento brasileiro adotou o princípio de *saisine*, no tocante a aquisição da herança e, assim sendo, tem-se que os bens deixados pelo *de cujus*

transmitem-se automaticamente e desde logo aos seus herdeiros legítimos e testamentários, não se exigindo qualquer formalidade para tanto.

Conforme dispõe o Código Civil, em seu capítulo III que discorre sobre o Direito das Sucessões, tem-se que a capacidade sucessória do indivíduo é analisada no momento do óbito. Logo, pela interpretação literal do artigo 1.798, a criança concebida por meio de inseminação póstuma não seria dotada de capacidade sucessória, ainda que fosse considerada filha do *de cujus* por meio da presunção de paternidade, haja vista que não é pessoa nascida ou concebida no momento da abertura da sucessão.

A disposição restritiva do artigo 1.798 não faz sentido. O mencionado dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com os princípios constitucionais da igualdade absoluta entre os filhos, melhor interesse da criança e do adolescente e dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, seria inconcebível defender que uma criança advinda das técnicas de reprodução assistida póstuma não tivesse capacidade para suceder, pois além de ser uma afronta ao tratamento igualitário entre os filhos, seria um descumprimento do direito fundamental à herança.

O Código Civil de 2002 estabeleceu como critério definidor da filiação a presunção de paternidade da criança concebida por meio de inseminação artificial póstuma, ainda que fosse de fácil constatação a total compatibilidade genética entre a criança e o *de cujus* por se tratar de procedimento homólogo.

Todavia, para que o procedimento seja utilizado pela viúva, imprescindível se faz a presença de autorização expressa do *de cujus*, que, quando em vida, consentiu com a implantação do seu material genético para fins de procriação, após a sua morte.

Não destarte, a autorização para implantação *post mortem* deve estar atrelada a um prazo, que deve ser fixado pelo legislador. Nesse sentido, ante a ausência normativa sobre as referidas questões, é razoável que se aplique o prazo previsto no artigo 1.800, §4º do Código Civil.

Dessa forma, para que seja possível a implantação *post mortem* do material criopreservado do *de cujus* pela viúva, imprescindível a presença do consentimento escrito do marido autorizando o procedimento. Ainda, deve a viúva se atentar ao

prazo fixado, ou seja, terá ela dois anos contados da morte do *de cuius* para realizar o referido procedimento com o material criopreservado.

Passado esse prazo, não seria mais possível a realização da procriação assistida póstuma com o material criopreservado, sob os fundamentos de que: deve-se proteger também os herdeiros já existentes do *de cuius*, não podendo eles ficarem esperando indefinidamente um comportamento da viúva; a demora da viúva para requerer a implantação do material criopreservado do *de cuius* poderia descaracterizar o desejo que deu origem ao projeto parental; e, a demora na manifestação de vontade para implantação pode fazer com que o filho que será concebido seja lesado patrimonialmente e não tenha todos os seus direitos assegurados.

Ante os posicionamentos doutrinários existentes acerca do direito sucessório do filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, seria razoável defender aquele que entende que a criança advinda da mencionada técnica se enquadraria na condição de herdeiro legítimo e necessário, estando tal entendimento em perfeita harmonia com os princípios constitucionais incidentes da igualdade entre os filhos e melhor interesse da criança e do adolescente.

Sendo considerado herdeiro legítimo e necessário, o filho decorrente da reprodução assistida póstuma teria resguardado para si a quota parte da legítima que lhe cabe. Nesse sentido, para exercer sua capacidade sucessória pode se valer da ação de petição de herança, caso o processo de inventário já tenha sido finalizado e, por consequência já tenha ocorrido a partilha, a fim de que seja reconhecida a sua condição de herdeiro, bem como lhe seja restituída a herança que lhe pertence de direito.

Se o filho concebido mediante tais técnicas se enquadrasse apenas como herdeiro testamentário, no que se refere ao instituto da prole eventual, tal entendimento seria uma violação ao preceito constitucional da igualdade absoluta entre os filhos, haja vista que os outros descendentes do *de cuius* seriam tratados como sucessores legítimos e necessários.

Ainda, importante ressaltar que a prática de testamento não é comum no Brasil e prevalece, para fins sucessórios, a sucessão legítima. Dessa forma, a inexistência de testamento acarretaria na inexistência de direito sucessório, o que seria uma

afronta a dignidade da pessoa humana, haja vista o direito à herança ser consagrado como fundamental.

Por derradeiro, convém concluir que a inseminação artificial homóloga *post mortem* pode ser realizada, haja vista a possibilidade de criopreservação do material genético, mas para sua efetivação é necessário que haja o consentimento expresso do doador autorizando tal procedimento após a sua morte, bem como a fixação de um prazo para que a viúva possa implantar o material criopreservado, que seria o disposto no artigo 1.800, §4º do Código Civil.

Nesse sentido, o Código Civil estipula a presunção de paternidade nos casos que envolvem a inseminação póstuma. Todavia, deverá a criança ter resguardado os seus direitos sucessórios.

A par disso, tem-se que, ante a omissão legislativa sobre a referida questão, deve-se ter como base os princípios constitucionais da igualdade entre os filhos, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança e do adolescente, para assegurar o direito à herança e a condição de herdeiro legítimo e necessário da criança decorrente da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3127>>. Acesso em: 3 abr. 2015

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de Reprodução Assistida e Biodireito. **Revista IOB de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 55, ago/set 2009, p. 11-25

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*. **Revista do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal da Bahia**. Salvador: N. 20, 2010.1, p. 65-88.

_____. Bioética, Biodireito e o consentimento informado. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 41, 2000 (jan/mar 2010), p. 21-43.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Autonomia privada e o critério jurídico de paternidade na reprodução assistida. **Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado**. Salvador: Faculdade Jorge Amado, v. 1, ano 1, 2001, p. 119-141

BRASIL. **Conselho federal de medicina**. Nº 2.168/2017. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 20 dez 2017

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 maio 2015

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2015

_____. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Lei 8069/90 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 maio 2015

_____. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento Familiar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 15 maio 2015

_____. **Lei. nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 03 de jul 2015

_____. **Lei nº 12.004**, de 29 de julho de 2009. Investigação de Paternidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm>. Acesso em: 20 de jul 2015

_____. Enunciado nº 362, Jornada de Direito Civil IV. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2015

_____. Enunciado nº 105, Jornada de Direito Civil I. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2015.

_____. Enunciado nº 258, Jornada de Direito Civil III. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2015

_____. Enunciado nº 103, Jornada de Direito Civil I. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 25 jul 2015

_____. Enunciado nº 256, Jornada de Direito Civil III. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 25 de jul 2015

_____. Enunciado nº 99, Jornada de Direito Civil I. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 26 de set 2015

_____. Enunciado nº 9, IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em: 20 de jul 2015

CAHALI, Francisco José. Sujeitos da Sucessão: Capacidade e Legitimidade. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014.

CID-10/Organização Mundial de Saúde. **Tradução Centro Colaborador da OMS para a Classificação de Doenças em Português**. 10. ed. rev. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família, Sucessões**, Vol. 5. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Civil: parte geral**, Vol. 1. 5. ed. Rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

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

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Transmissão do acervo hereditário. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 12, n. 65, abr/mai 2011, p. 07-20.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8º ed. rev., aum. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume: direito das sucessões. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral** – 9. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito das Famílias**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

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

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

G1 – O Portal de notícias da globo. **Juiz autoriza inseminação com sêmen de marido morto**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido-morto.html> >. Acesso em: 20 set. 2015

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

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte geral**, Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**, Vol. 7. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Porto Alegre: Notadez, ano 57, n. 375, janeiro de 2009, p. 49-59.

HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

_____. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 12, n. 65, abr/mai 2011, p. 21-45.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Benedito Euclides de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas: Direito das Sucessões Teoria e Prática**. 23. ed. rev. e atual. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERROTI, Marcos Antônio; PERROTI, Maria Regina Machado; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito do planejamento familiar. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 749, 1987 - março de 1988, p. 46-59.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo. **Fundamentos da Bioética**. 4 ed. São Paulo: Paulus, 2009.

PISETTA, Franciele. **Reprodução Assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**, volume 6. 28. ed. rev. e atual por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”. Da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. Testamentos. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.