



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*: A ATRIBUIÇÃO DE
DIREITOS SUCESSÓRIOS AOS FILHOS GERADOS APÓS A MORTE
DE UM DOS GENITORES**

Salvador
2016

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*: A ATRIBUIÇÃO DE
DIREITOS SUCESSÓRIOS AOS FILHOS GERADOS APÓS A MORTE
DE UM DOS GENITORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva

Salvador
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Ribeiro, Raphael Rego Borges.

Reprodução assistida *post mortem*: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores / Raphael Rego Borges Ribeiro.- 2016.

126 f.

Orientadora: Professora Doutora Mônica Neves Aguiar da Silva.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, BA, 2016.

1. Bioética. 2. Direito Civil. 3. Direito das Sucessões. 4. Reprodução Assistida *post mortem*. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Mello, Sebastián Borges de Albuquerque. III. Título.

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*: A ATRIBUIÇÃO DE
DIREITOS SUCESSÓRIOS AOS FILHOS GERADOS APÓS A MORTE
DE UM DOS GENITORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva

Prof^a. Dra. Maria Auxiliadora de Almeida Minahim

Prof^a. Dra. Ana Thereza Meirelles

Salvador, 29 de julho de 2016.

Para minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me deu forças principalmente nos momentos em que me faltou fé.

A Nossa Senhora da Luz e a Santo Agostinho, para quem tanto pedi intercessão para ser aprovado tanto no vestibular quanto no processo seletivo de Mestrado da Universidade Federal da Bahia.

À Egrégia Faculdade de Direito da UFBA, verdadeiramente minha amada segunda casa, a quem sou grato por tudo que conquistei em minha vida acadêmica e profissional, principalmente por ser a única instituição de ensino que, até o momento, confiou em meu potencial enquanto professor.

A minha mãe, Gicélia, por ter aberto mão de tudo para me conceder todas as oportunidades de crescer na vida.

A minha querida orientadora, professora Mônica, em cujo exemplo acadêmico eu busco me espelhar desde ainda os primeiros semestres da graduação.

Aos professores – e também amigos - Nilza Reis e João Glicério.

À CAPES, por ter investido na presente pesquisa.

Aos meus alunos, que me dão motivação e razões para amadurecer todos os dias.

A Josie; embora não estejamos juntos na linha de chegada, toda a maratona da minha vida acadêmica foi ao seu lado, e isso não será esquecido em momento algum.

“E gli domando io
‘Signore, perché mi trovo qui
Se non conosco amore?’”

(Più Su – Renato Zero)

“Stelle che ora tacciono
Ma daranno un senso al quel cielo;
Gli uomini non brillano,
Se non sono stelle anche loro...”

(Nei Giardini Che Nessuno Sa – Renato Zero)

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida *post mortem*: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RESUMO

A presente dissertação estuda um dos aspectos controversos das consequências trazidas pelas inovações biotecnológicas ao ordenamento jurídico, qual seja, o impacto da reprodução assistida *post mortem* no Direito das Sucessões. Discute-se se os filhos concebidos artificialmente após a morte de um dos genitores biológicos teria, em relação a este, direitos sucessórios. A hipótese levantada pela presente investigação é a de que a prole gerada nessas circunstâncias terá direito ao reconhecimento da filiação e à herança em relação ao doador do material genético criopreservado, desde que haja uma eficaz autorização específica do falecido para o uso póstumo dos seus gametas. Inicialmente, estuda-se a importância das tecnologias reprodutivas para o Direito, especialmente no que se refere à concretização do planejamento familiar. Na sequência, a pesquisa se volta à procriação artificial realizada com material genético criopreservado de doador já falecido, discutindo-se profundamente acerca da sua aceitação pelas normas brasileiras. Em seguida, o presente estudo dedica-se ao recorte epistemológico adotado, as consequências sucessórias da procriação assistida *post mortem*, com a exposição de premissas normativas da sucessão *causa mortis*. Por fim, são expostas as diversas correntes doutrinárias acerca da controvérsia, enfrentando-se diretamente a hipótese traçada, concluindo-se por sua confirmação.

PALAVRAS-CHAVE: REPRODUÇÃO ASSISTIDA; REPRODUÇÃO *POST MORTEM*; HERANÇA

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Posthumous assisted reproduction: the assignment of inheritance rights to children conceived after the death of a parent.** Dissertation (Masters) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

ABSTRACT

This Masters dissertation studies one of the controversial topics of the consequences brought by biotechnological innovations to law, which is the impact of posthumous reproduction on the Succession Law. It's discussed if children, artificially conceived after one of the biological parents passes away, would have inheritance rights about this dead parent. This paper's hypothesis is that offspring conceived in these circumstances will inherit, provided that there is an effective authorization of the pre-deceased parent for posthumous use of his gametes. At a first moment, it's studied the importance of reproductive technologies for law, especially in regard to the accomplishment of family planning. Further, the research turns to artificial procreation performed with cryopreserved genetic material from deceased donor, deeply discussing about its acceptance by Brazilian law. Next, this study is dedicated to its epistemological framework, the inheritance consequences of posthumous artificial procreation, exposing the normative assumptions of *causa mortis* succession. Lastly, the several doctrinal currents are exposed, and the outlined hypothesis is directly faced, leading to its confirmation.

KEYWORDS: ASSISTED REPRODUCTION; POSTHUMOUS REPRODUCTION; INHERITANCE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	15
2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, FAMÍLIA E PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	15
2.1.1 O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 às famílias brasileiras.....	16
2.1.2 A constitucionalização do planejamento familiar: proteção à sexualidade e à reprodução.....	18
2.1.3 A disciplina constitucional e infraconstitucional do planejamento familiar.....	20
2.1.4 A parentalidade responsável e o melhor interesse da criança e do adolescente.....	22
2.1.5 O adiamento da concretização do projeto parental.....	26
2.2 TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS.....	28
2.3 TRATAMENTO NORMATIVO DADO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL.....	34
3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....	39
3.1 NORMATIZAÇÃO EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS.....	41
3.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> NO BRASIL.....	44
3.2.1 A presunção de paternidade na concepção póstuma e a união estável.....	44
3.2.2 O posicionamento do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução assistida <i>post mortem</i>.....	45
3.2.3 A concepção póstuma posta em prática em território brasileiro.....	46
3.3 QUESTÕES SOBRE O AMPARO LEGAL E CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO PARA A REPRODUÇÃO PÓSTUMA.....	48
3.3.1 A procriação <i>post mortem</i> e o alegado “direito à biparentalidade” do filho.....	49
3.3.2 Outras controvérsias a respeito da procriação <i>post mortem</i>.....	59
3.3.2.1 O consentimento do genitor pré-falecido.....	59
3.3.2.2 A ausência de infertilidade da parceira (viúva ou companheira) sobrevivente.....	64
3.3.2.3 A quebra de isonomia entre homem e mulher.....	65
3.3.2.4 Motivações egoísticas para a gravidez póstuma.....	66
3.3.2.5 A extinção <i>ipso jure</i> do contrato de depósito firmado com o banco de sêmen.....	68
3.3.2.6 O tratamento desigual conferido à prole.....	69
4 PREMISSAS CONCEITUAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	71
4.1 FUNDAMENTO DA SUCESSÃO EM SENTIDO ESTRITO.....	72
4.2 O MOMENTO DE ABERTURA DA SUCESSÃO.....	76
4.3 O PRINCÍPIO DA SAISINE.....	77
4.4 A CAPACIDADE PARA SUCEDER.....	81
4.4.1 Existência para fins de sucessão.....	82
4.4.2 Vocação hereditária.....	84
4.5 OS HERDEIROS NECESSÁRIOS.....	89
5 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS CONCEBIDOS POR	

REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	91
5.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EXISTÊNCIA DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA LEGÍTIMA.....	93
5.1.1 A falta de capacidade sucessória do herdeiro legítimo inexistente no momento da abertura da sucessão	94
5.1.2 A suposta violação à segurança jurídica dos demais vocacionados à sucessão....	96
5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À VOCAÇÃO HEREDITÁRIA SOMENTE PELA VIA TESTAMENTÁRIA.....	98
5.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À VOCAÇÃO LEGÍTIMA.....	101
5.4 A VOCAÇÃO LEGÍTIMA SUBORDINADA A UM “PRAZO DE ESPERA DA PROLE EVENTUAL”.....	104
5.5 UMA TOMADA DE POSIÇÃO: OS DIREITOS À FILIAÇÃO E SUCESSÓRIOS DA PROLE POSTUMÍSSIMA À LUZ DOS LIMITES DA VONTADE PROCRIACIONAL.....	107
6 CONCLUSÃO	111

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação objetiva analisar um dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro: o impacto de tal procedimento no Direito das Sucessões. Discutir-se-á se os filhos concebidos após a morte de um dos genitores biológicos, através de técnicas reprodutivas artificiais, têm, em relação ao falecido, direitos sucessórios.

As inovações e os avanços biotecnológicos repercutem na sociedade e nos agrupamentos humanos, entre eles a família. Ocorre que tais impactos sociais não são acompanhados pela ciência jurídica, notadamente porque a produção de normas se dá em um “ritmo lento e normalmente defasado” (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2008, p.35).

Nesse diapasão, é raro que os dispositivos normativos prevejam, expressamente, as soluções necessárias para os dilemas éticos ou práticos surgidos das inovações trazidas pelas novas tecnologias, principalmente aquelas relacionadas ao campo biomédico e biotecnológico. A este respeito, Monica Aguiar (2005, p.86) sustenta que, na medida em que as técnicas científicas avançadas são principalmente absorvidas pela parcela da população que detém o poder econômico, a intervenção estatal nessas relações acaba se retardando ainda mais, “sob a equivocada percepção de ser suficiente a regulamentação ética a cargo do Conselho Federal de Medicina ou sob a desculpa de não dever o Estado imiscuir-se em relações privadas entre médicos e pacientes”.

Em sentido semelhante, Renata Pereira (2008, p.250) sustenta que “mesmo após a vigência do Novo Código Civil (NCC) em 2003, algumas relações humanas, bastante complicadas, não foram por ele tratadas”. A autora conclui que as lacunas são justificadas porque, entre outros motivos, o Código de 2002 começou a ser elaborado na década de 1970, quando as transformações tecnológicas sequer eram previstas.

No contexto das evoluções biotecnológicas, destacam-se as técnicas de reprodução assistida, que permitem haver a concepção de filhos independentemente de relação sexual, através de intervenção médica. Ademais, com o desenvolvimento dos mecanismos de criopreservação de materiais biológicos, permite-se que haja um considerável lapso de tempo entre a retirada do gameta do corpo humano, para congelamento, e a sua utilização na procriação artificial.

Ao longo do período durante o qual há a criopreservação, é possível que ocorra o óbito da pessoa a quem o material genético pertencia. Se, ainda assim, for realizada a procriação artificial com o gameta de doador falecido, tem-se a reprodução assistida *post mortem*. Tal técnica tem diversas repercussões para o direito, dentre as quais é possível destacar a discussão acerca da constitucionalidade e da legalidade do procedimento; a responsabilização civil e criminal dos médicos que realizarem ou dos pacientes que se submeterem a tal expediente; o reconhecimento da parentalidade entre a criança assim concebida e o genitor falecido; a atribuição de direitos sucessórios à prole assim gerada.

O fato de haver numerosas consequências jurídicas da procriação artificial póstuma exige que seja feita a opção metodológica de investigar especificamente, de forma aprofundada, apenas uma dessas repercussões. Por tal razão, a presente pesquisa realizará um recorte epistemológico, objetivando analisar a atribuição de direitos sucessórios às pessoas concebidas por meio de reprodução assistida *post mortem*.

Para atingir este objetivo, a pesquisa buscará, inicialmente, traçar linhas gerais sobre a reprodução assistida. Para este mister, abordar-se-á o tratamento dado pela Constituição Federal de 1988, focando-se na proteção constitucional ao livre exercício do planejamento familiar, com a consequente garantia de acesso aos recursos para sua concretização. Serão analisadas as tecnologias reprodutivas enquanto mecanismos à disposição das famílias, com ênfase no tratamento normativo dado a tais técnicas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Serão ainda abordadas, mais especificamente, as questões que envolvem a reprodução assistida *post mortem*. Serão levantadas informações acerca da possibilidade de criopreservação do material fertilizante humano, bem como discutidos os aspectos jurídicos e éticos de sua utilização após o falecimento do doador. Buscar-se-á investigar de que forma alguns países estrangeiros lidam com a matéria, e quais são as normas positivadas sobre o tema no ordenamento brasileiro. Será dada ênfase ao debate a respeito de sua aceitação no Brasil, que gira em torno notadamente do fato de a criança concebida postumamente ter apenas um genitor vivo quando do seu nascimento.

A este respeito, a presente investigação parte da hipótese de que é juridicamente possível a reprodução assistida póstuma, desde que o doador de material genético tenha consentido de forma expressa e inequívoca com a possibilidade de utilização *post mortem* dos seus gametas. Neste sentido, a família assim originada não pode ser considerada pior do que

uma família com ambos os pais vivos, na medida em que a Constituição Federal de 1988 não estabelece qualquer hierarquia entre os diversos modelos familiares existentes.

Na sequência, serão estabelecidas as principais premissas normativas do Direito das Sucessões. Dessa forma, conceituar-se-á a sucessão *causa mortis* e levantar-se-ão os fundamentos para a existência de direitos sucessórios. Do mesmo modo, serão expostas as regras acerca do momento de abertura da sucessão *stricto sensu*; a definição e as consequências do *droit de saisine*. Ainda será evidenciada a ordem de vocação hereditária, com foco específico para os princípios que dão absoluta igualdade de tratamento entre os descendentes, bem como prioridade ao chamamento sucessório destes em detrimento de quaisquer outros parentes.

Por fim, serão delineados os contornos da controvérsia acerca do reconhecimento de direitos sucessórios à prole concebida artificialmente após a morte do seu genitor. Serão expostos quais os empecilhos normativos para a atribuição da condição de herdeiros a tais filhos. Do mesmo modo, serão apresentadas as diversas correntes doutrinárias que se manifestam acerca da questão.

Justifica-se o mencionado recorte epistemológico na medida em que inexistente norma expressa no direito brasileiro que atribua ou negue direitos sucessórios à prole concebida por procriação assistida *post mortem*. De modo geral, a legislação pátria ainda é superficial na abordagem das tecnologias reprodutivas. O Código Civil de 2002 dispõe da questão especificamente no seu artigo 1.597, em três incisos, o III, o IV e o V.

Antes de aprofundar a análise acerca dos mencionados dispositivos, deve-se destacar que alguns autores suscitam sua inconstitucionalidade formal. Mônica Aguiar (2005, p.16) aduz que tais incisos foram inseridos no projeto do Código Civil de 2002 pela Câmara dos Deputados na fase final do processo legislativo, não tendo havido apreciação dos mesmos pelo Senado Federal, “sem obediência ao princípio da bicameralidade, previsto no art.65 da Constituição Federal”. No mesmo sentido se manifesta Adriana Patrícia Campos Pereira (2006, p.35).

De acordo com o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. No inciso IV, a lei estende a presunção à prole havida a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção

artificial homóloga. Por fim, presumem-se também filhos do cônjuge aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Para fins do recorte metodológico já apresentado, o presente trabalho foca-se, especificamente, na hipótese prevista no art. 1.597, III do Código Civil de 2002, qual seja, a situação dos filhos havidos por reprodução assistida homóloga realizada após a morte do doador do material genético criopreservado. Conforme já mencionado, a relação de filiação desta prole com o genitor é legalmente admitida, se houver consentimento do falecido para o uso póstumo de seus gametas; todavia a lei se omite quanto aos eventuais direitos hereditários daí decorrentes.

Em decorrência do princípio sucessório da coexistência entre sucessor e sucedido, constante no artigo 1.798 do Código Civil de 2002 e cujo conteúdo será aprofundado no desenvolvimento da presente pesquisa, são legitimadas para suceder as pessoas vivas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Assim, *a priori*, não seria possível o reconhecimento da condição de herdeira à prole decorrente de procriação artificial póstuma.

O mencionado princípio da coexistência entre sucessor e sucedido já estava positivado na vigência do Código Civil de 1916, época em que não havia a possibilidade concreta de ser concebido um filho biológico do *de cuius* após o seu óbito. O atual diploma civilista foi editado quando tal cenário já havia se tornado possível em decorrência das inovações científicas no campo da reprodução assistida; contudo sobre tal hipótese o novel legislador se manteve silente, não inovando neste ponto acerca do regime anterior. Trata-se de um exemplo da lentidão e defasagem do tratamento normativo conferido às consequências dos avanços biotecnológicos.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 reconhece a absoluta igualdade entre todos os filhos de uma mesma pessoa, proibindo designações ou tratamentos discriminatórios entre eles. Trata-se de princípio adotado ainda pelo Código Civil de 2002 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Da mesma forma, a norma sucessória estabelece uma ordem de vocação hereditária, colocando os descendentes em primeiro lugar, com absoluta prioridade sobre quaisquer outros pretensos sucessores do *de cuius*.

Ocorre que as pessoas que já estavam vivas – outros sucessores do falecido que não a prole ainda não concebida – receberam o chamado sucessório no momento da morte, tornando-se, em tese, titulares do direito adquirido à vocação hereditária. Nesse contexto,

distinguem-se duas situações: a primeira, quando os demais convocados à sucessão no momento da abertura desta são irmãos da prole concebida postumamente; a segunda, quando os demais vocacionados não são descendentes do *de cuius* – de acordo com a ordem de vocação sucessória prevista no Código Civil, podem ser os ascendentes, o próprio cônjuge ou companheiro, ou então os colaterais do morto.

Em se tratando da primeira hipótese mencionada, a vocação sucessória do filho postumíssimo¹ deve ser analisada de acordo com a previsão constitucional de tratamento igualitário entre toda a prole de uma mesma pessoa.

Por outro lado, os direitos sucessórios da prole concebida *post mortem* devem ser observados à luz do princípio sucessório de respeito à ordem de vocação hereditária – a qual, como já se mencionou, prioriza os descendentes em detrimento de qualquer outra classe, exceto os casos de regime de concorrência com o cônjuge ou o companheiro sobrevivente.

Em qualquer das duas situações, o suposto direito à herança do filho postumíssimo deve ser confrontado com os direitos adquiridos daqueles que foram originalmente vocacionados à sucessão, com ênfase na necessidade que o ordenamento jurídico tem de garantir e resguardar a segurança jurídica.

¹ Adota-se o termo “postumíssima” para designar a prole concebida por reprodução assistida *post mortem*, para diferenciá-la dos filhos póstumos, nomenclatura empregada por alguns doutrinadores como referência aos filhos já concebidos no momento da morte do genitor, mas que ainda não haviam nascido quando este faleceu.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A presente dissertação se dedica ao estudo de uma das consequências jurídicas do emprego da procriação artificial com material genético de doador já falecido. Para tanto, faz-se necessário iniciar a pesquisa abordando os aspectos jurídicos envolvidos no referido procedimento médico.

Para um melhor estudo da reprodução assistida *post mortem*, o presente capítulo propõe-se a examinar de que maneira a reprodução medicamente assistida contribui hodiernamente para auxiliar na consecução do planejamento familiar e do projeto parental das entidades familiares contemporâneas.

Por essa razão, antes mesmo de iniciar o estudo a respeito da reprodução assistida (e especificamente da modalidade realizada após a morte do doador do material genético), é fundamental compreender justamente as ideias de planejamento familiar e de projeto parental – e sua íntima relação com os chamados “direitos reprodutivos e sexuais”. Assim, será possível assimilar as circunstâncias que levam um doador de material genético a autorizar que este seja utilizado após seu óbito, bem como que alguém deseje conceber um filho do parceiro já falecido.

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, FAMÍLIA E PLANEJAMENTO FAMILIAR

San Tiago Dantas (1991, p.03) ensina que “o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais”. Igualmente, Silvio de Salvo Venosa (2007, p.01) afirma que a família é um “fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias (2007, p.01), “a família, na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social”.

Buscando sintetizar o conceito de família, Adriana Dabus Maluf leciona que ela é

(...) o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado

momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida. (MALUF, 2010, p.15)

O destaque dado por Adriana Maluf à inserção da família no momento histórico e nos costumes é fundamental para a compreensão das influências das transformações sociais no Direito de Família. Uma forte demonstração de tal conclusão é a evolução histórica do tratamento constitucional e legislativo dado às entidades familiares no Brasil. Conforme será demonstrado, isto tem relação direta com os impactos decorrentes das evoluções biotecnológicas, notadamente as técnicas de reprodução assistida.

2.1.1 O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 às famílias brasileiras

Originalmente, no direito brasileiro, a família apenas poderia ser reconhecida como tal se constituída por um homem e uma mulher unidos por meio do casamento, um vínculo indissolúvel². Em um primeiro momento, somente os filhos advindos desta união poderiam ser reconhecidos e desfrutar dos direitos inerentes à filiação.

Esse cenário foi se transformando com a edição de uma série de leis que ampliaram as possibilidades de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, bem como permitiram a dissolução da sociedade conjugal e o divórcio³.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a estrutura do Direito de Família brasileiro sofreu uma verdadeira revolução (RODRIGUES, 1993, p.246).

Nesta seara, a primeira grande inovação da Carta de 1988 foi não repetir a previsão das Constituições anteriores no sentido de que a família é constituída pelo casamento. O novel constituinte apenas afirma, no *caput* do artigo 226, que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.

² Verifica-se a previsão de que a família é constituída exclusivamente pelo casamento nas Constituições de 1934 (art. 144), 1937 (art. 124), 1946 (art. 163) e 1967 (art. 167), além de semelhante dispositivo na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 175). A indissolubilidade do casamento também era prevista em todos os mencionados dispositivos constitucionais, sendo extirpada do ordenamento apenas com o advento da Emenda Constitucional 09/77.

³ Para maior aprofundamento a este respeito, sugere-se a leitura do trabalho de Silvio Rodrigues (1993), no qual o mencionado autor elenca comentários a respeito do Código Civil de 1916, das Leis 4737/42, 883/49, 4121/62 (o Estatuto da Mulher Casada) e da Lei 6515/77 (Lei do Divórcio).

A Constituição Federal de 1988 ampliou, significativamente, o âmbito de proteção das entidades familiares, reconhecendo, expressamente como tais, a união estável e a família monoparental⁴ – aquele núcleo formado por qualquer dos pais e seus descendentes. Monica Aguiar (2005, p.13) expõe que se passou “a reconhecer, juridicamente, que a família pode ou não decorrer do casamento, circunstância realçada pela norma constitucional correspondente”.

Da mesma forma, do texto constitucional de 1988 depreendem-se diversos princípios relacionados ao Direito de Família, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da proteção ao pluralismo das entidades familiares⁵, da igualdade entre os cônjuges, da isonomia entre os filhos e da solidariedade nas relações familiares (CARDIN, 2009), além da proteção à criança e ao adolescente e do amparo aos idosos.

Em decorrência dos mencionados princípios, o Direito de Família tem acolhido diversas formas inovadoras de convivência familiar, dando legitimidade social a “modalidades pós-modernas de família”, conforme a tese de Adriana Dabus Maluf (2010). Anderson Schreiber (2013, p.313) afirma ser imperativo o reconhecimento de “redes familiares” que não podem “ser encerradas em uma ou outra categoria”, trazendo como exemplos as uniões homoafetivas, as “famílias-mosaico”, a “família unipessoal”, entre diversas outras.

Destaque-se que, por força da proteção ao pluralismo familiar, defende-se que, axiologicamente, todas as modalidades de família são iguais perante a Constituição Federal de 1988, não havendo qualquer modelo preferencial ou hierarquicamente superior aos outros⁶. A este respeito, Maria Berenice Dias (2015, p.133) defende uma visão pluralista que abrigue de forma isonômica todos os arranjos decorrentes precipuamente de um vínculo de afeto. Tal constatação será significativa quando a presente investigação enfrentar a questão dos núcleos

⁴ Cite-se o magistério de Jorge Shiguemitsu Fujita (2006, p.687), para quem a família monoparental “é aquela constituída por um ascendente e seu descendente, independentemente de suas idades e do seu estado socioeconômico”. Segundo o referido autor, “a sua caracterização transcende o fato de o descendente ser menor ou maior de idade, ou a hipótese de existir ou não uma dependência econômica de um deles”.

⁵ A presente investigação se filia à corrente doutrinária que reconhece na atual ordem constitucional o princípio implícito do pluralismo das famílias, na esteira do quanto defendido por, por exemplo, Maria Berenice Dias (2015, p.49). Apresente-se como demonstração jurisprudencial do mencionado princípio a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, que, a despeito de a literalidade do texto da Constituição Federal de 1988 mencionar apenas a união estável formada pelo homem e pela mulher, foi reconhecida a constitucionalidade da aplicação das regras do referido instituto à união entre casais do mesmo sexo.

⁶ A este respeito, remete-se o leitor à referenciada obra de Paulo Luiz Netto Lobo (2008).

familiares derivados da concepção póstuma, na medida em que a prole assim concebida apenas conviverá com um de seus genitores.

2.1.2 A constitucionalização do planejamento familiar: proteção à sexualidade e à reprodução

Nesta nova abordagem do ordenamento jurídico acerca das famílias, o artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988⁷ também consagrou o direito ao livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Assim, o próprio texto constitucional incumbe o Estado de proporcionar o acesso a recursos educacionais e científicos necessários ao exercício de tal direito.

A previsão constitucional de direito ao planejamento familiar tem relação estreita com o reconhecimento da necessidade de proteção jurídica à sexualidade e à reprodução.

A este respeito, cite-se a doutrina de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.444), para quem o planejamento familiar “se encontra necessariamente relacionado à noção de direitos reprodutivos, assim considerados os direitos básicos vinculados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana com os limites que lhes são inerentes”.

Neste sentido, as Conferências Internacionais do Cairo, de Beijing e de Copenhague reconheceram a importância da saúde reprodutiva e erigiram os chamados “direitos sexuais e reprodutivos” à categoria de direitos humanos (COUTO, 2007, p.50).

Na Conferência do Cairo, ficou estabelecido que a saúde reprodutiva implica que “a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer”. O desdobramento lógico desta condição é a garantia de acesso aos métodos de planejamento familiar.

Ainda na Conferência do Cairo, foi assentado que:

(...) os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre

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

e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.712) identifica a existência do direito à reprodução, no âmbito do direito internacional, por força das Declarações Universais e Convenções Internacionais que reconhecem o direito da pessoa a constituir uma família.

Gama (2003, p.708-711) ainda constata serem os direitos reprodutivos no âmbito constitucional pátrio decorrentes dos direitos à saúde, à dignidade da pessoa humana e à liberdade. Trata-se “de manifestação dos direitos fundamentais” e, desse modo, essenciais “ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa humana”. Por fim, o mencionado autor (2003, p.712) questiona como seria possível implementar o comando constitucional de liberdade no planejamento familiar se não se assegura o próprio direito à reprodução.

Destaque-se que há corrente doutrinária que rejeita a existência de um direito à reprodução. Nesse sentido, Monica Aguiar (2005, p.91) defende que ter filhos é uma faculdade, não um direito irrestrito, “haja vista que a criança não pode ser vista como instrumento de um direito alheio, sob pena de, por estar a serviço do bem-estar dos pais, transmutar-se em coisa e ter valor meramente instrumental”. No mesmo sentido se posiciona Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.66), segundo quem considerar a procriação como um direito importaria em considerar o futuro filho um simples objeto do desejo dos genitores.

Ocorre que a presente investigação, filiada ao supramencionado entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, entende que o objeto do direito à procriação não é o filho em si, ou seja, não se confunde com um suposto direito à criança. O conteúdo dos direitos reprodutivos é a liberdade de decisão a respeito do momento de se conceber a prole e o tamanho desta, bem como a garantia de acesso aos recursos científicos e tecnológicos necessários para exercício do planejamento familiar, nos termos do quanto prevê a já referida Conferência do Cairo.

Corroborar-se, ainda, o entendimento de Guilherme Frederico Hernandez Denz (2007, p.15), para quem a Constituição Federal de 1988 prevê implicitamente o direito fundamental à reprodução, decorrente notadamente dos direitos à liberdade, ao planejamento familiar e à saúde. Para o referido pesquisador (2007, p.11), o direito à procriação se manifesta em sentido

negativo (impossibilidade de o Estado interferir na liberdade de planejamento familiar do casal) e em sentido positivo (obrigação de o Estado prover todos os instrumentos ao casal para poder conceber). Reitere-se que o conteúdo normativo mencionado não engloba um alegado direito à criança, motivo pelo qual não vinga o argumento de que se corre o risco de tornar um objeto o futuro ser humano.

Maria Claudia Brauner (2003, *on-line*) leciona que a incorporação da sexualidade e da reprodução ao rol de direitos humanos “assegura às pessoas o direito ao planejamento familiar para organização da vida reprodutiva”, o que implica na garantia de acesso a todos os recursos científicos que amenizem ou curem patologias ligadas à fertilidade, “desde que considerados seguros e não causadores de riscos aos usuários e usuárias”.

2.1.3 A disciplina normativa do planejamento familiar

Necessário se faz, neste ponto, conceituar o planejamento familiar. Oficialmente, o governo brasileiro (2011) se pronuncia, dizendo que é o “conjunto de ações que auxiliam as pessoas que pretendem ter filhos e também quem prefere adiar o crescimento da família”. Andrea Aldrovandi (2006, p.55), por sua vez, sustenta que se trata da garantia de decidir “o número de filhos e o momento mais adequado para o seu nascimento”, abrangendo as ações direcionadas à contracepção e à própria concepção.

Regulando o já mencionado artigo 226, §7º, da Constituição de 1988, o legislador brasileiro positivou o planejamento familiar na Lei nº 9263, de 1996, definindo-o como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, estabelecendo que se trata de “direito de todo cidadão”, sendo “parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde”.

Por fim, a Lei 9263/96 ainda determina que “o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.

A respeito da referida Lei, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.449) afirma que “o texto legal reconhece o recurso às técnicas de fertilização e de concepção para que haja

a reprodução humana, o que conduz à constatação de que o direito brasileiro admite o recurso às técnicas conceptivas como inerentes aos direitos reprodutivos das pessoas”.

Neste mesmo contexto, ao editar o Código Civil de 2002, o Congresso Nacional estabeleceu no artigo 1565, §2º do mencionado diploma legislativo que

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.

Importante destacar que tal dispositivo está elencado no capítulo que trata dos efeitos do casamento, entretanto este direito não está, de maneira alguma, adstrito às pessoas casadas. Afinal, a já referida Lei 9263/96 assegura o planejamento familiar ao casal, mas também à mulher e ao homem separadamente⁸ - em se tratando de norma específica, não foi revogada implicitamente pelo Código Civil, que tem natureza jurídica de *lex generalis*.

A ideia de planejamento familiar está intimamente relacionada com o “projeto parental”, que se pode conceituar como a busca pela constituição de família, especificamente com a geração de descendentes.

De acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.715), “o projeto parental, no mundo contemporâneo, é essencial para as famílias, encontrando sua vocação mais autorizada e legítima na época do aumento da família com o nascimento de filhos”. O mencionado autor segue afirmando que “a prole proporciona o desenvolvimento da família e sua continuidade”.

Destaque-se que planejamento familiar e projeto parental não são expressões sinônimas. Neste sentido, Michelle Couto (2007, p.132) aduz que “a liberdade de fundar uma família pode, mas não de maneira necessária e obrigatória, acarretar na função procriativa”, uma vez que há muitas entidades familiares na atualidade que não são constituídas por filhos.

O projeto parental não é apenas um reflexo da pulsão natural inerente à função biológica de manutenção da espécie (COUTO, 2007, p.55). De fato, ele se articula com a

⁸ Especificamente a respeito das técnicas de reprodução assistida (que não se confundem com o planejamento familiar em si), há uma profunda discussão doutrinária a respeito da constitucionalidade, legalidade ou eticidade de se garantir o seu acesso a pessoas sozinhas. Por uma questão metodológica, tal debate será aprofundado em momento posterior. Por ora, deve-se apenas constatar que há dispositivo legal expresso assegurando o direito ao planejamento familiar ao homem e à mulher separadamente.

ideologia dominante na sociedade, sendo influenciado pela religião, pela economia, entre outros (NASCIMENTO, 2009, p.07).

A título de exemplo, pode-se lembrar do fervoroso controle de natalidade na Inglaterra após a popularização das ideias malthusianas (de que a fome seria inevitável se a população crescesse mais do que a produção de alimentos), bem como das políticas natalistas em diversos países europeus após as Guerras Mundiais.

De acordo com Andrea Aldrovandi (2006, p.15), durante muito tempo, a procriação foi considerada como finalidade essencial da família e do casamento. Neste contexto, a paternidade consistia apenas no cumprimento de um dever por parte do homem, com a reafirmação de sua virilidade; a maternidade, por sua vez, seria a maneira através da qual a mulher se tornaria completa.

Hodiernamente, vivencia-se uma época em que a sexualidade se desvinculou da procriação, muito em decorrência da popularização dos meios contraceptivos e dos discursos em favor da liberdade sexual. Apesar disso, a sociedade ainda efetua cobranças no sentido de exigir que os casais tenham filhos, em decorrência da valorização da parentalidade (COUTO, 2007, p.66).

Em verdade, é intensa a cobrança social a respeito de um projeto parental ameaçado ou frustrado, o que repercute na esfera íntima dos pretensos genitores, podendo causar sentimentos de inferioridade, inveja e angústia. Estas questões serão aprofundadas em um momento posterior, ainda no presente capítulo.

De toda sorte, os paradigmas sociais se transformaram, e o Direito os acompanhou. Atualmente, a parentalidade tem sido encarada como um desígnio que engloba a vida inteira e que deve ter o seu foco direcionado não apenas àqueles que pretendem ser genitores, mas principalmente àquele filho que será gerado (SANCHES, 2012, p.266). É nesse contexto que se faz imprescindível investigar os princípios que condicionam o planejamento familiar.

2.1.4 A parentalidade responsável e o melhor interesse da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos o acesso ao planejamento familiar, todavia tal direito não é absoluto, “pois os direitos da prole e o bem comum impõem seus limites” (DINIZ, 2007, 130). Essa limitação consistiria nas “necessidades de seus filhos

nascidos e por nascer, bem como seus deveres para com a comunidade”. Conforme já mencionado, o texto constitucional condiciona o planejamento familiar aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A presente investigação defende que o constituinte poderia ter optado por “parentalidade responsável”, expressão menos machista e mais inclusiva, que compreende tanto o termo “paternidade” quanto “maternidade”⁹. De fato, deve-se dar destaque à responsabilidade de ambos os componentes do casal, na medida em que aos dois compete a atitude pró-escolha quanto às consequências das relações sexuais ou da fertilidade assistida (MINAHIM, 1998).

A compreensão das consequências da limitação imposta pelo mencionado princípio constitucional ao projeto parental é fundamental para o estudo do dilema ético, e não apenas o impacto sucessório, decorrente da reprodução artificial *post mortem*.

Vanessa Berwanger Sandri (2006, p.7) sustenta que a expressão “paternidade responsável” conota tanto a ideia de autonomia para decidir responsabilmente e conscientemente sobre ter ou não filhos, assim como o aspecto da responsabilidade que os pais devem guardar em relação à prole. Valéria Cardin (2009) afirma, por sua vez, que é possível “conceituar a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos”.

De acordo com Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza (2012, p.148), a parentalidade responsável “se cumpre no oferecimento das condições possíveis e necessárias, ainda que de fato não atendam a um rigor ideal de qualidade e satisfação”. De acordo com a mencionada doutrinadora (2012, p.149), a responsabilidade dos pais é informada por algumas regras específicas, “mas se sustenta, na verdade, como uma fonte para irradiação de obrigações e cautelas a bem da família, núcleo este gravado à satisfação existencial de seus integrantes”. Buscando ainda fixar um sentido para o princípio da parentalidade responsável, afirma que

⁹ Com a mesma crítica a respeito do termo “paternidade responsável”, sugerindo sua substituição por “parentalidade”, cite-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.452), para quem “o constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo ‘*parental responsibility*’, que, no entanto, possui outra significação no âmbito do direito inglês”. Ainda de acordo com o mencionado autor (2003, p.453), “é fundamental que se constate que o termo não se limita ao homem, mas logicamente que se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídicos – no campo da filiação – do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais”. No mesmo sentido, manifesta-se Mario Antonio Sanches (2012, p.266).

este se afigura como o fundamento para a exigibilidade de um conjunto de atitudes baseadas no cuidado, cujo objetivo é o cumprimento integral dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Seu campo de abrangência vai desde o momento do planejamento familiar até a maioridade, manifestado o seu atendimento de forma gradual até o limite ideal de sua observância. Esses graus variam em função do comprometimento parental em favor da formação física e psíquica do menor em desenvolvimento, sendo, nesse sentido, privilegiado o aspecto existencial dos interesses do filho (SOUZA, 2012, p.157).

Michelle Couto (2007, p.134) afirma que a paternidade responsável é a base “para a formação da família hodiernamente, pois constitui uma ideia de responsabilidade que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família”. Para Cristiane Flôres Soares Rollin (2003, p.37), “o fundamento da paternidade responsável reside no empenho pelo bem daqueles em relação aos quais a mesma é exercida, e este empenho está atrelado a um complexo de deveres e direitos correlatos”.

De acordo com Nardejane Cardoso (2013), a parentalidade não é apenas um direito, mas também um dever, “daí a autoridade parental ter de ser exercitada de maneira democrática e de modo a auferir o maior número de benefícios possíveis aos filhos”. Maria Claudia Brauner (2003, *on-line*) conclui que o projeto parental só poderá ser exercido normalmente considerando que “o filho desejado e buscado poderá desfrutar de todas as condições afetivas e materiais para sua vida”.

Destarte, dos argumentos doutrinários expostos depreende-se que a parentalidade responsável é o princípio que determina que qualquer pessoa que pretenda gerar descendentes amadureça o seu projeto sem pressa, refletindo sobre ele e ponderando a respeito das profundas alterações que sofrerá definitivamente em sua vida.

Indissociável da parentalidade responsável está o chamado princípio constitucional do “melhor interesse da criança e do adolescente”¹⁰. Em verdade, a Constituição de 1988 assegura a estes um tratamento absolutamente prioritário, garantindo-lhes a convivência familiar, entre outros direitos, além de colocá-los a salvo da negligência e da discriminação.

Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p.148) ensina que o mencionado princípio “tem suas raízes na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, por meio da qual ela

¹⁰ De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo (2008, p.150), a origem do mencionado princípio “é encontrada no instituto inglês do *parens patriae* como prerrogativa do rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. Foi recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*, no qual a Corte da Pensilvânia afirmou a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais”.

despojou-se de sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade”. O mencionado doutrinador segue afirmando que o ordenamento jurídico valoriza a família enquanto veículo da promoção do sujeito e da dignidade de cada um dos seus membros, quadro em que “o menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho”.

Ainda de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p.149), o ordenamento jurídico impõe que se preserve ao máximo a pessoa que se encontra em situação de fragilidade; e que a criança e o adolescente “encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade” e, por essa razão, “têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento”.

Entre os mecanismos jurídicos que viabilizam um tratamento prioritário à criança e ao adolescente está a obrigatoriedade de seus interesses prevalecerem em detrimento de quaisquer outras questões. Trata-se de entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, que no Conflito de Competência nº 114.782/RS afastou a regra da *perpetuatio jurisdictionis* para dar lugar à norma mais vantajosa para o infante, facilitando o seu acesso à Justiça.

A respeito do melhor interesse da prole, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.454) sustenta que o homem e a mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à reprodução, geram um ser humano têm a responsabilidade individual e social de priorizar o bem-estar físico, psíquico e espiritual desta criança.

Por outro lado, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.718) afirma que a existência dos direitos reprodutivos não significa haver um direito absoluto à criança. De acordo com o referido autor, “não há como reconhecer o direito das pessoas a se socorrer de todos os meios para se ter um filho, mesmo porque do outro lado haverá os interesses e os direitos da futura criança”. Ele ainda ressalta “a importância do Estado na ingerência dessa questão, ao limitar necessariamente o exercício e o próprio conteúdo do direito à reprodução”.

Sob essa perspectiva, tem-se que o exercício dos direitos reprodutivos deve ponderar não apenas a liberdade do casal ou do indivíduo, mas também as consequências advindas da concepção de um novo ser humano. Revela-se, portanto, que o planejamento familiar igualmente está condicionado e limitado pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na medida em que o projeto parental deverá considerar o filho a ser gerado como prioridade soberana na vida dos pais.

2.1.5 O adiamento da concretização do projeto parental

Consoante já sustentado, a conjuntura social tem sofrido profundas modificações, com reflexos diretos nas famílias e também no planejamento familiar. Nestas circunstâncias, o implemento do projeto parental tem sido postergado em função de algumas das principais alterações nos fatos e valores eleitos pela sociedade, como a entrada da mulher no mercado de trabalho, o estresse da vida urbana pós-moderna, a difusão dos métodos contraceptivos e a superação de dogmas religiosos que historicamente associavam o sexo à reprodução.

Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que

com as mudanças culturais, especialmente no campo da sexualidade, os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade, pois culturalmente a vida envolve etapas, entre elas – para a maioria das pessoas – aquela de procriar ainda que mais tardiamente, diante das novas condicionantes econômicas, sociais e culturais (GAMA, 2003, p.712).

Dessa forma, “a parentalidade tardia é descrita como uma decisão voluntária de postergar o início da própria família”, que “pode acontecer por razões financeiras ou por outras necessidades, como desenvolvimento pessoal ou profissional” (RODRIGUEZ; CARNEIRO; HENRIQUES, 2012).

De acordo com Patrícia Gomes Accioly Lins (2012, p.20), “a maternidade passou a ser uma função social, pois a função biológica de procriação, à qual se destinava a mulher, está sendo controlada e postergada”. A mencionada autora aduz que “o normal, hoje, é uma mulher medicalizada por métodos contraceptivos até que ela própria determine o momento de procriar”. Conclui afirmando que “o adiamento da maternidade é um fenômeno atual, em que a mulher acredita ter o total controle sobre o seu corpo e a possibilidade de separar de modo completo a sexualidade da reprodução”.

A psicóloga Maria Galvão Rios-Lima (2012, p.32) sustenta que “o *ter filhos*, hoje, decorre de uma decisão deliberada, na qual pesam três componentes – a maturidade, a independência financeira e o estabelecimento de um relacionamento afetivo estável”. Em verdade, diversos são os motivos que conduzem ao adiamento da parentalidade. Ao contrário do quanto sustentado por Rios-Lima, a espera pela estabilidade de uma relação não é

fundamental, na medida em que se torna corriqueira a família monoparental, embasada nas não raras vezes chamadas “produções independentes”, conforme será aprofundado em momento oportuno.

Por outro lado, mesmo as pessoas com situação financeira já bem garantida optam por não procriar muito jovens, para que possam aproveitar sua juventude com liberdade de ir para festas e viagens, sem ter que enfrentar as limitações de liberdade que um filho aparenta ensejar na sociedade contemporânea.

Andrea Aldrovandi (2006, p.16) destaca ainda que o desenvolvimento dos métodos contraceptivos possibilitou o surgimento do “direito de programar o momento mais adequado para o nascimento de um filho, permitindo a realização pessoal e profissional de cada companheiro”.

Com efeito, não é rara a postergação do projeto parental até um determinado momento em que os futuros pais tenham amplas condições de prover o maior número de benefícios possíveis aos seus filhos – não apenas em sustento material, mas principalmente em relação à oferta de carinho, amor e atenção, elementos muitas vezes subtraídos pela dedicação quase que exclusiva à vida pessoal e profissional.

Tal quadro, entretanto, revela-se problemático quando se prolonga indefinidamente a espera pelo momento mais socialmente e profissionalmente conveniente para se conceber um filho. Conforme Michelle Cristine Assis Couto (2007, p.179) sustenta, o tempo exerce uma influência inexorável nesse desiderato, na medida em que há limites cronológicos para os organismos humanos. Nesse contexto, a pessoa pode sofrer de infertilidade em decorrência de ter se tornado idosa demais para procriar naturalmente. Quando tal hipótese se verifica, os interessados veem nas técnicas de reprodução assistida a única maneira de concretizar o seu desiderato de conceber.

Neste ponto, torna-se imprescindível refletir a respeito de até que ponto se pode admitir o adiamento da concretização do projeto parental. Como já demonstrado, o planejamento familiar é um direito; como tal, tem limites e não pode ser exercido de forma abusiva. A mesma regra se aplica à pretensão de ter filhos e, também, à autonomia reprodutiva de modo geral.

É em razão de coibir a abusividade que a presente investigação defende que o excessivo adiamento da concretização da parentalidade pode significar que tal direito tenha sucumbido. Neste sentido, o legislador deve impor um limite temporal ao exercício da

autonomia reprodutiva, especialmente quando se refere à utilização de técnicas de reprodução assistida por pessoas de idade avançada. Por tais motivos, necessária se faz a criação de prazos para a criopreservação de material genético, bem como para a sua utilização.

Neste sentido, destaca-se que o Conselho Federal de Medicina (CFM), na vigência da sua Resolução 2013/2013, estabelecia que a idade máxima das mulheres candidatas ao acesso à procriação artificial era de 50 anos, sem qualquer exceção. Ocorre que, com o advento da atualmente vigente Resolução 2121/2015, tal limite permanece, todavia com a possibilidade de ser excepcionado a partir de fundamentação técnica e científica determinada pelo médico responsável, após esclarecimento aos pacientes a respeito dos riscos envolvidos.

Elogia-se a alteração do posicionamento do CFM. Mantém-se uma idade máxima para o acesso à reprodução assistida, mas se diminui a rigidez de tal limitação, permitindo evitar injustiças no caso concreto. Destaque-se, entretanto, que permanece a necessidade de intervenção legislativa nesse sentido, para dar à norma a coercibilidade inerente à lei em sentido estrito.

2.2 TECNOLOGIAS REPRODUTIVAS

Deve ser questionado, em uma pesquisa que pretende analisar os casos de procriação assistida póstuma, se o já comentado princípio da parentalidade responsável é compatível com eventual permissão legislativa para o prosseguimento do projeto de ter filhos mesmo após o falecimento de um dos pais. Maria Helena Diniz (2007, p.503) traduz este debate com a indagação: “poder-se-ia pretender nascimento de órfão?”.

Por outro lado, se a juridicidade da inseminação *post mortem* for admitida, deve-se ponderar, de igual maneira, os efeitos da parentalidade responsável (entre eles, a já mencionada busca do melhor interesse e do maior número de benefício aos filhos) em relação à prole concebida a partir desta modalidade de reprodução artificial.

Todavia, antes de buscar as respostas para os mencionados questionamentos, faz-se pertinente compreender os aspectos éticos e jurídicos a respeito do acesso à reprodução humana assistida.

Da análise feita até este ponto, na presente investigação se adota posicionamento no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o planejamento familiar e os

direitos reprodutivos e sexuais, condicionando-os, porém, a princípios assecuratórios dos interesses da prole gerada e da sociedade como um todo. Igualmente, infere-se que a Constituição Federal de 1988 consagrou a sexualidade e a reprodução como questões de saúde, o que conseqüentemente as torna direito de todos e dever do Estado.

No contexto da saúde reprodutiva e sexual, deve ser destacada a infertilidade, “o nome que se dá às doenças que se traduzem na incapacidade de um casal em gerar filhos” (CARNEIRO, 2005, p.35). A Organização Mundial da Saúde considera infértil um casal que não concebe filhos após um ano de relacionamento sexual sem uso de medidas contraceptivas.

Sublinhe-se que a infertilidade está listada na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10, publicada pela Organização Mundial da Saúde. Corrobora-se, portanto, a necessidade de garantias estatais ao seu tratamento.

Há corrente doutrinária e jurisprudencial, entretanto, defensora da tese de que a infertilidade não é uma patologia, na medida em que todas as demais funções orgânicas do corpo humano podem funcionar saudavelmente independentemente da atividade reprodutora.

A este respeito, Carlos Lema Añón (1999, p.170) chama a atenção para o discurso médico que reforça o conceito de necessidade do tratamento da infertilidade. Para o referido autor, a noção de infecundidade enquanto doença é conveniente para os profissionais da saúde, na medida em que cresce a demanda pelos tratamentos reprodutivos. De acordo com Wagner Mota Alves de Souza (2009), “a esterilidade associada a uma ideia negativa é favorável à reserva de mercado”.

Nesse mesmo sentido, Kátia Maria Straube (2007, p.71) afirma que a infertilidade está longe de ser uma doença, mas se trata de uma vivência nuclear na vida do casal, que traz a impossibilidade de realizar um desejo. Outrossim, há pronunciamentos judiciais negando o custeio, pelo Estado, do tratamento em clínicas especializadas em reprodução humana assistida, utilizando como fundamento a inexistência de enfermidade no caso em espécie¹¹.

A despeito dos argumentos acima suscitados, a presente investigação conclui que não se pode deixar de encarar a infertilidade como patologia, ainda que o restante do organismo humano esteja supostamente em perfeito funcionamento. Conforme exposto oportunamente, a despeito de a sociedade aparentemente ter superado o paradigma que subordinava o sexo à

¹¹ Cite-se, a título de exemplo, as decisões nos processos 1021693-19.2014.8.26.0071 e 0154946-52.2008.8.26.0000, ambos do Estado de São Paulo.

reprodução, a infertilidade ainda resulta em “morbidade emocional e problemas interpessoais” (DE LUCA, 2010, p.05), gerando crises psicológicas e mesmo sérios problemas conjugais.

De acordo com o *Warnock Report* (1984, p.08), a falta de filhos pode ser uma fonte de estresse, na medida em que há grande pressão social e expectativas para que o casal “funde uma família” e perpetue os seus genes por mais uma geração, sendo que este desejo específico, que se refere à transmissão do patrimônio genético, não pode ser suprido através da adoção.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.17) ensina que “desde as mais remotas épocas, a esterilidade foi considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos”. Nesse mesmo sentido, Adriana Caldas do Rego Dabus Maluf leciona que

A importância da prole sempre foi uma constante nas sociedades familiares, desde a Antiguidade, sendo portanto a questão da reprodução uma constante nos documentos legislativos desde então. O Código de Hamurabi, 2.000 a.C., ante a importância da procriação, previa a intervenção de terceiros no lar conjugal, para saná-la. O Código de Manu, 1.200 a.C., já se preocupava com a questão da descendência, ante a esterilidade do marido, que seu irmão se incumbisse da tarefa de inseminar sua esposa, garantindo-lhe assim a prole (2013, p.193).

Em sua tese de doutoramento em Psicologia, Liliana Jacob-Seger (2000, p.07) descreve a experiência da infertilidade como “uma estigmatização¹², um isolamento e uma alienação”. De acordo com a mencionada pesquisadora, as mulheres inférteis se sentem culturalmente rejeitadas e recusadas.

A este respeito, pode-se destacar a teoria das representações sociais, desenvolvida por Serge Moscovici e que busca demonstrar não haver separação entre o universo interno do indivíduo e o universo externo a este, havendo uma articulação entre o psicológico e o social (PATRIOTA, 2007). Com base em tal teoria, Christie Danielle Sikorski (2014, p.83) afirma que “as concepções do sujeito são produtos decorrentes da confluência de elementos de naturezas diversas (tais como processos cognitivos, inserções sociais, fatores afetivos, sistemas de valores) originados na vida cotidiana e no curso das comunicações interpessoais”.

¹² De acordo com Jacob-Seger (2000, p.22), “quando os indivíduos decidem ter filhos e se encontram incapazes de engravidar, experienciam um estigma”; para esta autora, “um estigma é definido como uma noção de diferença dos outros e isto conota uma marca ou defeito que está fora de uma norma socialmente definida”.

Christie Danielle Sikorski (2014, p.111) sustenta, em dissertação defendida a partir de pesquisa na área, que as representações sociais coadunam no sentido de que ainda hoje a maternidade biológica é a meta de vida de grande parte das mulheres. Segundo a mencionada autora, esta meta “contribui para que tanto a condição de infértil quanto vivenciar a infertilidade se transformem em experiências devastadoras”.

Em um estudo especificamente sobre pessoas inférteis do sexo feminino, Zeide Trindade e Sônia Enumo (2001, p.20) concluem que as representações sociais implicam em depreciação e estigmatização da mulher que se encontra nessas circunstâncias. Diversos autores apontam os transtornos psicológicos ou até mesmo psiquiátricos provocados pela infertilidade em razão da influência social¹³.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.661) afirma que a infertilidade enseja problemas como angústia, agressividade ou depressão, e que tais sentimentos comumente extrapolam os limites do casal “para também se estenderem aos familiares, e o fracasso do projeto parental sob a forma natural é motivo de desalinhamento no desempenho dos papéis do homem e da mulher que a sociedade tradicionalmente estabeleceu”.

Conforme demonstrado, apesar de o organismo humano poder subsistir biologicamente independentemente da procriação, a infertilidade interfere diretamente na saúde psicológica das pessoas (e dos casais) que a experimentam. Por essa razão, a presente dissertação conclui que os problemas de fecundidade devem, sim, ser encarados como questão de saúde, inclusive no que se refere ao acesso a medicamentos e tratamentos.

É neste cenário que surgem as técnicas de reprodução assistida, necessárias ao exercício dos direitos constitucionais de planejar livremente a família e de buscar a realização do “projeto parental”. De acordo com Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.276), “o intenso desejo de procriação, sempre latente na história da humanidade, impulsionou o desenvolvimento tecnológico para solucionar o problema dos casais inférteis”.

De acordo com os argumentos de Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.83), “se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar

¹³ A título de exemplo, recomenda-se a leitura de Patrícia Gomes Accioly Lins (2012, p.21); Mariangela Badalotti (2010); Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.89); Sandrina Maria Araújo Lopes Alves e Clara Costa Oliveira (2014, p.67); Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.24); Helena Carvalho Moysés (2012, p.251); Sílvia da Cunha Fernandes (2005, p.21); Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.276) e Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa (2001, p.72).

naturalmente, a também formarem uma família”. A mencionada autora defende que “o direito a constituir família inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente”.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p.193) conceitua a reprodução assistida como a “intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”.

As mencionadas tecnologias reprodutivas surgiram como mecanismo de tratamento da infertilidade (do casal ou de um deles), “para permitir a efetivação do desejo da paternidade e da maternidade decorrente da própria informação genética de ambos – homem e mulher” (GAMA, 2003, p.636). Ocorre que, com as alterações socioculturais, notadamente no que se refere à sexualidade, “os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade” (GAMA, 2003, p.712).

Caroline Sátiro de Holanda (2006, p.53) afirma que a tecnologia de procriação artificial ratifica “a livre escolha das pessoas ao planejamento familiar, sendo seu uso uma questão de liberdade e autonomia individual”.

Dessa forma, pode-se afirmar que, atualmente, as técnicas de reprodução assistida são exigidas ou necessárias em situações completamente distintas da infertilidade, como no caso do paciente aidético que quer ter filhos, mas não pode correr o risco numa relação sexual; ou o casal homossexual que não quer se relacionar com alguém do gênero oposto; ou o paciente que irá se submeter a determinado tratamento do qual surge a impotência como efeito colateral (CARNEIRO, 2005, p.39).

Em qualquer hipótese, é imprescindível que o interessado ou a interessada mantenha um projeto parental (GAMA, 2003, p.716). Acrescente-se ainda que tal projeto deverá estar em conformidade com os princípios norteadores e conformadores do planejamento familiar – o que não significa que seja possível estabelecer *a priori*, por exemplo, quais situações configuram o melhor interesse para a prole, conforme será aprofundado em momento posterior.

Conclui-se, portanto, que as técnicas de fecundação humana artificial são instrumentos de concretização das diversas modalidades pós-modernas de planejamento familiar. Por consectário, também devem se subordinar às limitações deste, a exemplo da paternidade responsável e do melhor interesse da prole a ser concebida.

Cardin e Rosa (2013, p.186) ensinam que as técnicas de reprodução assistida mais corriqueiras são a inseminação artificial, na qual o sêmen é introduzido no útero feminino, sem que haja relação sexual, e nele ocorre o encontro dos materiais genéticos; e a fertilização *in vitro*, na qual a concepção acontece em laboratório, sendo o embrião posteriormente transferido para o útero materno.

De acordo com Roxana Borges (2007, p.213), os mencionados procedimentos podem ser homólogos, quando o material genético for do próprio casal que busca o procedimento; ou heterólogos, quando houver material germinativo pertencente a outra pessoa que não as interessadas na reprodução.

Ocorre que as técnicas de concepção assistida configuram uma verdadeira ruptura paradigmática na sociedade, na medida em que abrem espaço para redefinição de conceitos, a exemplo da inovadora ideia de “reprodução sem sexo”. A biotecnologia “propiciou a dissociação das etapas reprodutivas do seu ciclo vital, de forma que o coito, a fecundação e a gestação tornaram-se possíveis em local e tempo diversos entre si” (FRAGA; AGUIAR, 2009, p.1.169).

Nesse contexto, surge o risco de coisificação do ser humano, pois se torna concreta a possibilidade de a criança concebida artificialmente ser encarada como mero objeto de satisfação de seus pais, e não como um fim em si mesmo. Trata-se de hipótese que deve ser veementemente evitada e rechaçada, em decorrência da dignidade que se reconhece a toda pessoa humana. Por essa razão, reitera-se aqui que a autonomia reprodutiva não é um direito irrestrito, devendo ser limitada pelos princípios constitucionais asseguradores dos direitos fundamentais dos sujeitos que por ela serão afetados.

Diversos países do mundo, preocupados com as consequências (positivas e negativas) das tecnologias reprodutivas, buscaram direcionar sua legislação de forma a garantir que essas técnicas sejam utilizadas com respeito aos direitos humanos de todos os envolvidos – não apenas os genitores, mas também a criança que será gerada.

Entre as medidas tomadas internacionalmente relacionadas às preocupações com a procriação assistida e com a evolução biomédica, destaca-se a criação do *Committee of Inquiry Human Fertilisation and Embryology* pelo governo britânico. As conclusões do referido comitê, presidido pela Baronesa Mary Warnock, foram expostas em um documento que acabou conhecido como *Warnock Report*.

De modo geral, revela-se imprescindível o estabelecimento de barreiras legislativas que normatizem as intervenções biocientíficas (IDALÓ, 2011, p.147). Ocorre que, conforme será demonstrado na próxima seção, o ordenamento jurídico brasileiro carece de leis que regulamentem a reprodução assistida, suas modalidades e a legitimidade para utilizá-las. A ausência de legislação específica enseja insegurança quanto à garantia de acesso por todos às tecnologias reprodutivas – que, conforme já ressaltado, consistem em mecanismo de realização do direito ao planejamento familiar.

De acordo com Mônica Aguiar (2013, p.2), “a omissão legislativa pode gerar, com frequência, distorções em que outros Poderes ou instâncias passem a realizar o papel do legislador”. Conforme a mencionada doutrinadora, a inércia do legislador é colmatada por órgãos administrativos, notadamente no que se refere aos problemas que envolvem novas tecnologias. Apesar de nem sempre ser saudável a manutenção dessa lacuna legal, a norma administrativa (emanada, por exemplo, do Conselho Federal de Medicina) “tem o condão de fomentar a discussão para que se possa gerar projetos de lei que venham a suprir a carência de normas legais e contemple amplamente um aspecto da vida cotidiana dos cidadãos”, atentando para as discrepâncias sociais e para os reais anseios da sociedade (AGUIAR, 2013, p.3).

2.3 TRATAMENTO NORMATIVO DADO À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

Conforme amplamente sustentado até aqui, as técnicas de reprodução assistida são instrumentos úteis e necessários na persecução da concretização do “projeto parental”, que é intimamente relacionado com o planejamento familiar, direito consagrado constitucionalmente.

A introdução das mencionadas tecnologias no Brasil se deu no início dos anos 1980, quando ainda não havia qualquer regulamentação normativa acerca da matéria. O primeiro bebê de proveta brasileiro foi Anna Paula Caldeira, nascida em outubro de 1984.

De acordo com Marco Antonio Zanellato (2004, p.478), “no Brasil, o controle da utilização de técnicas de procriação assistida é basicamente informal, com intervenção mínima do Direito”. Monica Aguiar (2005, p.86) sustenta que, na medida em que as técnicas científicas avançadas são principalmente absorvidas pela parcela da população que detém o poder econômico, a intervenção estatal nessas relações acaba se retardando ainda mais, em

decorrência da “equivocada percepção de ser suficiente a regulamentação ética a cargo do Conselho Federal de Medicina ou sob a desculpa de não dever o Estado imiscuir-se em relações privadas entre médicos e pacientes”.

Em atenção às inovações científicas no campo reprodutivo, o Conselho Federal de Medicina (CFM), ao editar o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1246/1988) previu expressamente ser vedado ao médico “desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre o método contraceptivo ou conceptivo, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança, a reversibilidade e o risco de cada método”. Do mesmo modo, é proibido “praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento”.

No mesmo sentido, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1358/1992, na qual estabeleceu normas éticas para a utilização das tecnologias de reprodução assistida. Pessini e Barchifontaine (2005, p.301) ensinam que tal ato normativo seguiu as linhas gerais traçadas pelo *Warnock Report*, pois “reafirma princípios bioéticos como a inviolabilidade e a não-comercialização do corpo humano, exige a gratuidade do dom e que a prática da doação de material reprodutivo seja anônima”.

O mencionado documento normativo do CFM foi revogado e substituído pela Resolução nº 1957, que por sua vez foi revogada e substituída pela Resolução CFM nº 2013/2013. No ano de 2015, editou-se a Resolução nº 2121, atualmente em vigor.

A referida Resolução CFM nº 2121/2015, assim como suas antecedentes, dispõe acerca das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Por meio da Resolução nº 2121/2015, o Conselho Federal de Medicina autoriza o uso das técnicas de procriação artificial em todos os casos em que exista probabilidade de sucesso, desde que não se incorra em risco grave de saúde para o paciente ou o possível descendente. Estabelece-se que a idade máxima das candidatas à reprodução assistida é de 50 anos; todavia se autorizam, excepcionalmente, exceções a tal limite de idade, desde que haja fundamentação técnica e científica.

Da mesma forma, o CFM proíbe a seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se tratar de procedimento para evitar doenças na

prole vindoura. Também é vedada a fecundação de material fertilizante humano com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

Para os fins a que se propõe o presente trabalho, imprescindível se faz destacar que a Resolução 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina permite o acesso às técnicas de reprodução assistida a todas as pessoas capazes, inclusive para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras¹⁴. Autoriza-se também a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina na qual não exista infertilidade.

Ocorre que os atos normativos do Conselho Federal de Medicina têm alcance limitado ao âmbito de atuação dos profissionais vinculados à entidade expedidora, qual seja, a comunidade médica. Como bem ressalta Marcella Idaló (2011, p.151), os referidos preceitos instituem direcionamentos éticos, desprovidos tanto de caráter cogente como de cunho coercitivo para a população em geral.

Conforme já mencionado, no ano de 1996, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9263/96, que assegurou aos cidadãos o acesso às tecnologias reprodutivas. O mencionado diploma estipulou que “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”.

No mesmo ano de 1996, o Conselho Nacional de Saúde, vinculado ao Ministério da Saúde, aprovou a Resolução nº 196, fixando diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos – entre elas surgem as relacionadas com a reprodução humana. Criou-se a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), competente para analisar qualquer projeto que envolva a concepção assistida.

Por fim, o Código Civil de 2002 tratou, superficialmente, a respeito das tecnologias reprodutivas, mencionando-as em somente três incisos do seu artigo 1.597, apenas para presumir como concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, os “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” e os “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

¹⁴ Ressalte-se que a revogada Resolução 2013/2013 trazia previsão semelhante, garantindo às pessoas solteiras e aos casais homossexuais o acesso à procriação artificial; a diferença para o dispositivo em vigor era a ausência de previsão, na norma anterior, de gestação compartilhada em união homoafetiva em que não exista infertilidade.

De acordo com Heloísa Helena Barboza (2004, p.111), é quase impossível pretender disciplinar a reprodução assistida como um todo com sua previsão em apenas três incisos do Código Civil. Assevera ainda que, por mais que extensivamente se interpretem tais dispositivos normativos, o que se verifica é que a utilização de técnicas de reprodução assistida “traz uma gama de questões jurídicas que exigem um tratamento em lei especial”, na medida em que permanecem inúmeros questionamentos.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p.57) explica tal omissão legislativa pelo fato de que o Código Civil preferiu “deixar a cargo de lei própria e específica a disciplina dos inúmeros pontos de discussão, oriundos da reprodução humana assistida”. Tal autora segue afirmando que, enquanto não houver promulgação da legislação específica, os questionamentos e indagações “devem permanecer tratados sob as luzes doutrinárias, e sob o encaminhamento hermenêutico dos dispositivos parcos que tratam – às vezes desastrosamente – destas questões”.

No Congresso Nacional, há diversos projetos de lei sobre o tema, a exemplo do Projeto Substitutivo nº 90, de 1999, especificamente direcionado a disciplinar as técnicas de reprodução medicamente assistida.

Apesar de tramitar em regime de prioridade, o mencionado Projeto 90/99 aguarda manifestação da Câmara dos Deputados¹⁵ desde 2003. Atualmente, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da referida Casa, ainda sem parecer do Deputado Relator. Aguarda-se desde 2012 a realização de Audiência Pública para se debater o mencionado projeto.

Como se vê, o ordenamento jurídico deve buscar acompanhar a evolução das tecnologias reprodutivas. Contudo, a morosidade do processo legislativo vem impedindo a aprovação dos projetos de lei a este respeito, o que contribui para que muitos aspectos polêmicos permaneçam sem solução jurídica expressamente prevista.

Por outro lado, “em lapsos temporais cada vez mais exíguos, surgem novas técnicas médicas que se sucedem em seus complementos”, que acabam se confrontando “com o mundo jurídico e seu aparato conceitual pré-constituído, revelando total inadequação em formular respostas às questões emergentes” (QUEIROZ, 2004, p.271).

¹⁵ Onde tramita com a numeração PL 1184/2003. Para maiores informações sobre o andamento do mencionado Projeto, sugere-se a consulta ao *site* oficial da Câmara dos Deputados, utilizando-se tal numeração como parâmetro de pesquisa.

Da mesma forma, os desdobramentos de tais avanços científicos são inúmeros, o que claramente enseja cada vez mais profundos dilemas éticos e jurídicos. Especificamente sobre a reprodução assistida, Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.05) afirma que “a dinâmica desse progresso atropelou, bruscamente, a reflexão ética e algumas sólidas instituições jurídicas”.

Há lacunas que jamais foram preenchidas pelo ordenamento jurídico, e aqui se cita como um dos principais exemplos, inclusive relacionado com o tema principal da presente dissertação, a regulamentação a respeito do tempo adequado de congelamento do material genético antes de ser utilizado na reprodução assistida¹⁶.

Destaque-se que existem doutrinadores que questionam a ética envolvida no simples fato de se autorizar a mencionada técnica de criopreservação. É neste sentido que se posiciona Jorge Biscaia (2003, p.83), ao afirmar que se criaram “assim, verdadeiros embriões do frio, que podem permanecer eternamente órfãos de pais, na incomensurável solidão dos freezers de ultracongelamento”.

De acordo com Rolf Madaleno (2013, p.523), na medida em que a lei não fornece as respostas para as indagações complexas decorrentes da procriação humana assistida, a Bioética deve ocupar “espaço no âmbito do Direito de Família, com um longo caminho a ser percorrido para normatizar os procedimentos médicos de manipulação genética e a conduta humana na manipulação dessas novas e importantes descobertas”.

Por outro lado, Dirce Guilhem e Mauro Machado do Prado (2001, p.120) chamam a atenção para a ausência quase total da Bioética nas discussões legislativas a respeito das técnicas de reprodução artificial, o que demonstra que questões importantes relacionadas à saúde sexual e reprodutiva “não têm merecido uma discussão ampliada no que se refere às diferentes moralidades que permeiam a sociedade brasileira”.

¹⁶ A título de curiosidade, mencione-se que o *Warnock Report* (1984, p.56) recomenda um limite temporal máximo de 10 anos para a criopreservação dos embriões, que pode muito bem ser utilizado como parâmetro para a conservação do material fecundante.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A presente pesquisa pretende analisar a questão sucessória decorrente da procriação artificial póstuma. Em um primeiro instante, buscou-se analisar as questões jurídicas acerca das tecnologias reprodutivas. Neste momento, faz-se necessário aprofundar-se no estudo da reprodução assistida *post mortem*. Começa-se almejando definir o procedimento, bem como trazer notícia histórica a seu respeito.

Conforme amplamente exposto no capítulo anterior, assim como os demais progressos nas diversas áreas do conhecimento científico e tecnológico, as técnicas de procriação artificial vêm se desenvolvendo rapidamente e dando origem a diversas indagações éticas e jurídicas, que exigem soluções ainda não fornecidas claramente pelo sistema legislativo brasileiro (BARBOZA, 2003, p.50).

A reprodução assistida *post mortem* é um dos aspectos mais polêmicos nesta seara, principalmente em razão da ausência de autorização legal específica para sua realização. Tal procedimento consiste na técnica de reprodução humana artificial após a morte do homem ou da mulher que tenha doado gametas, viabilizada a partir dos métodos de congelamento desse material genético (DE LUCA, 2010, p.11).

O desenvolvimento das técnicas biomédicas permitiu a criação do processo de criopreservação do material genético utilizado nas tecnologias reprodutivas, notadamente na inseminação artificial. No âmbito do procedimento, há uma seleção dos espermatozoides de modo qualitativo e quantitativo; após ser selecionado, o esperma é diluído e distribuído em tubos de ensaio, que serão conservados em temperaturas baixíssimas, mantendo sua qualidade por mais de 20 anos (LIMA JUNIOR, 2012, *on-line*). Destaque-se que método semelhante é utilizado na hipótese de congelamento de óvulos.

Cite-se a descrição precisa do mencionado procedimento de criopreservação do material genético, elaborada por Silvia da Cunha Fernandes.

A técnica de criopreservação consiste, num primeiro momento, na retirada de quase toda a água das células, substituindo-a por uma substância crioprotetora que não cria cristais quando ocorre o congelamento. Em contato com a substância crioprotetora, os gametas ou embriões se retraem, diminuindo de tamanho; todavia, assim que essa substância penetra nas células, os gametas ou embriões voltam a seu estado normal, estando prontos para o congelamento. São, então, aspirados em um capilar, o qual será devidamente vedado e identificado. Os capilares cheios são colocados em uma máquina, composta por um computador e uma câmara de resfriamento,

que reduzirá sua temperatura a menos de 196 graus Celsius. Após o congelamento, os capilares serão colocados em um recipiente grande, imersos em azoto líquido, onde poderão permanecer por vários anos. (FERNANDES, 2005, p.40)

Dentro do contexto de adiamento do projeto parental, já exposto em capítulo anterior, a conservação de material genético em baixas temperaturas garante que os interessados, homens ou mulheres, escolham o momento que mais considerem adequado para ter filhos. É possível, entretanto, que a técnica seja necessária em outras circunstâncias. A título de exemplo, Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.279) assevera que “a criopreservação do sêmen é aconselhada quando o homem que deseja procriar irá sofrer certas cirurgias que possam interferir na espermatogênese ou na função ejaculatória”.

Do mesmo modo, a criopreservação é usualmente indicada também na hipótese de “pacientes com patologia oncológica que se submetem a tratamentos quimioterápico e radioterápico” (CAVALCANTE et al, 2005). De fato, os recursos terapêuticos para a cura do câncer podem trazer a infecundidade como efeito colateral. Efetiva-se a coleta dos gametas para que se proceda a eventual reprodução assistida após o tratamento da doença, permitindo ao enfermo ou à enferma ter filhos mesmo que sua terapia tenha acarretado sua esterilização.

Roberto Wider (2007, p.72) menciona o fato de muitos soldados congelarem o seu esperma antes de partir para a guerra, motivados pelo receio da morte¹⁷. A mesma hipótese de militares que visam a garantir sua continuidade genética em caso de óbito em combate também é relatada por Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.279).

Ocorre que, em todas estas situações, pode ocorrer o óbito do pretense genitor ou genitora que já realizou a doação de material genético. Conforme menciona Heloísa Helena Barboza (2004, p.111), “acontece que nem sempre esses tratamentos têm o sucesso esperado e o sêmen fica congelado”¹⁸. Além disso, ressalte-se que também há a hipótese de, no decorrer do tratamento, o cônjuge vir a falecer por qualquer fatalidade, independentemente de doenças – a exemplo de acidentes, homicídios, entre outras hipóteses.

A criopreservação do material fertilizante humano permite o distanciamento entre o ato sexual e a concepção. De acordo com Sandra Marques Magalhães (2010, p.51), isto

¹⁷ O mencionado autor faz referência específica aos soldados americanos, quando do último conflito na região do Golfo Pérsico.

¹⁸ Apesar da mencionada doutrina se referir apenas a sêmen, destaque-se novamente que a possibilidade também engloba o congelamento de óvulos.

“promove agora o rompimento das raízes entre a vida que surge e a morte de quem lhe deu origem, sem que o decurso do tempo seja limite a tal ruptura”.

Iniciou-se a discussão a respeito da possibilidade de concepção assistida mediante a utilização de gametas provenientes de doador já falecido especificamente em decorrência de um caso de paciente com doença oncológica, que criopreservara seu sêmen com receio das consequências do tratamento em relação a sua fertilidade.

Em 1984, na França, Alain Parpalaix e Corine Richard mantinham um relacionamento sem filhos, quando ele descobriu que sofria de câncer e que teria de ser submetido à quimioterapia. O tratamento, todavia, poderia causar-lhe infertilidade. Isto o levou a conservar seu esperma, para que pudesse procriar quando tivesse se restabelecido da doença. Acontece, porém, que Parpalaix sucumbiu à enfermidade, deixando Corine viúva e desejosa de ter filhos. Ela, então, procurou o banco de sêmen para ser inseminada, porém isso lhe foi negado, na medida em que não havia previsão legal ou contratual que obrigasse a entrega do material genético do defunto. Uma batalha judicial se iniciou; por fim, o Tribunal de Creteil decidiu que Corine tinha o direito de ser inseminada com o material que Alain doara. A inseminação, porém, não foi exitosa (BRAGATO; SCHIOCCHET, 2012, p.215).

Apesar de a inseminação póstuma não ter sido realizada com sucesso no mencionado caso, este foi fundamental para intensificar a discussão (não apenas na França, mas em diversos países) a respeito das complicações médicas, científicas, jurídicas e éticas decorrentes da referida prática.

3.1 NORMATIZAÇÃO EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS

Antes de ingressar na discussão acerca da aceitação da reprodução assistida póstuma pelo ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário analisar disciplina da técnica em ordenamentos jurídicos alienígenas. Conforme mencionado, verificou-se o debate intenso a respeito da procriação *post mortem* em diversos países.

As polêmicas persistem, na medida em que algumas nações já procederam à autorização normativa para acesso à referida técnica, enquanto outras proíbem veementemente a sua prática. Apesar disso, analisar as diferentes abordagens legislativas

sobre a matéria é profícuo para a formulação de um juízo acerca de sua admissibilidade pelo direito positivo nacional.

No berço do debate, a França, em 1994 foi editada a Lei nº 94-654, que disciplina a fecundação artificial, limitando-a fortemente, pois o legislador francês considerou tal técnica um remédio a ser utilizado apenas contra a infertilidade patológica. Assim, não é admitido o uso da reprodução medicamente assistida a mulheres solteiras ou em casais homossexuais nem, conseqüentemente, a inseminação póstuma (ZANELATO, 2004, p.485).

A Suécia, por sua vez, preocupou-se com a reprodução assistida já no final dos anos 1940, quando foi nomeada uma comissão estatal para analisar a matéria. Tal comitê apresentou em 1953 uma proposta de lei especial sobre a procriação artificial, a qual nunca acabou se convertendo em lei. Apenas em 1981 houve nomeação de outra comissão, cujo relatório foi apresentado ao parlamento sueco. Em 1985, editou-se a lei sueca sobre o tema, que permite o acesso de casais em união estável às mencionadas técnicas, mas não assegura o mesmo direito aos casais homossexuais ou às mulheres solteiras. Da mesma forma, proíbe-se a concepção póstuma (FERNANDES, 2005, p.177).

Por outro lado, desde 1988 na Espanha vige a Lei nº 35, uma das primeiras do mundo a respeito da reprodução assistida. Tal diploma normativo permitia a concepção artificial *post mortem*, desde que o marido tenha expressamente consentido com tal prática em escritura pública ou mediante testamento, o que deverá ocorrer nos seis meses seguintes à sua morte (AGUIAR, 2005, p.133). Hoje, com a edição da Lei nº 45 de 2003, este prazo para acesso à técnica foi prorrogado para doze meses.

Na Catalunha, está em vigor um Código de Família próprio, a Lei nº 25 de 2010. No capítulo 5 do Título III, o legislador catalão estabeleceu as regras a respeito da fecundação assistida tanto da mulher casada quanto da solteira ou viúva. É igualmente permitida a inseminação póstuma, estando o vínculo de paternidade condicionado à autorização expressa deixada pelo falecido genitor.

Em Portugal, a Lei 32/2006 e a Lei 12/2009 regulam a reprodução assistida. O ordenamento jurídico português veda a inseminação *post mortem*, assim como a reprodução de uma mulher ou um homem isolado – por recurso a banco de esperma ou mãe de substituição, respectivamente (ALVES; OLIVEIRA, 2014, p.72).

Em artigo anterior à edição das mencionadas leis portuguesas, Paula Martinho da Silva (2003, p.133) elencou os pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida,

os quais recomendavam, para Portugal, a aplicação da reprodução assistida apenas a casais heterossexuais, a exclusão da maternidade de substituição, a exclusão do anonimato do doador, entre outras, além da proposta de proibição da concepção póstuma.

Já nos Estados Unidos, país “onde existe a necessidade de se conciliar os interesses dos estados federados com o interesse nacional, não se pode, ainda, falar de uma doutrina ou legislação dominante norte-americana a respeito das reproduções assistidas” (FERNANDES, 2005, p.166). As normas mais significantes sobre o tema são o *Fertility Clinic Success Rate and Certification Act*, de 1992, e os Decretos Clinton e Bush, de 1995 e 2001, respectivamente. De modo geral, a maioria dos estados norte-americanos permite a reprodução assistida póstuma, reconhecendo a filiação sob a condição de que o morto tenha deixado autorização expressa para o procedimento (BELLA, 2009, p.98).

Na Itália, a fecundação artificial é disciplinada pela conservadora Lei nº 40 de 2004, chamada *Norme in matéria dei procreazione medicalmente assistita* (ZANELATO, 2004, p.483). O legislador italiano restringiu a técnica aos casais inférteis, proibiu a criopreservação de embriões e a inseminação heteróloga. Também vedou a concepção *post mortem*.

Na Alemanha, a ausência de controle efetivo a respeito do que se fazia na esfera médica privada a respeito da reprodução assistida levou as autoridades governamentais a elaborar um relatório, denominado Relatório Benda. As conclusões do mencionado documento foram no sentido de autorizar a procriação artificial apenas para o tratamento da esterilidade, sendo seu acesso a casais não casados permitido apenas em circunstâncias excepcionais (FERNANDES, p.152).

De acordo com Roberto Wider (2007, p.74), na Alemanha, a lei 745/1990 “prevê pena privativa de liberdade de até 3 (três) anos ou multa, a quem proceda à inseminação, de forma consciente, utilizando o sêmen de homem já falecido”, tendo sido a procriação artificial *post mortem* inadmitida em qualquer hipótese pelo Relatório Benda.

O Reino Unido, por sua vez, foi o primeiro país onde foram utilizadas as técnicas de fecundação assistida. Conforme já exposto, o Parlamento Inglês designara uma comissão denominada *Committee of inquiry into human fertilisation and embryology*, cujas conclusões foram apresentadas no *Warnock Report*.

Tal Relatório, entre diversas outras recomendações, propôs que, quando um membro do casal morrer, o direito de usar o material criopreservado passe ao parceiro sobrevivente; todavia se deixou clara a reserva da Comissão em relação às gravidezes póstumas.

Sob influência das conclusões apresentadas no já mencionado *Warnock Report*, em 1990 foi editado o *Human Fertilisation and Embryology Act*, que regula a matéria. Em 2008, o Parlamento Inglês procedeu a uma grande revisão e atualização do referido documento legislativo. De todo modo, é previsto o direito de o parceiro sobrevivente continuar o procedimento de procriação artificial, desde que atendidas uma série de requisitos específicos.

Como se vê, não há entendimento uniforme sobre a proibição ou a liberação da reprodução assistida realizada após a morte de um dos doadores do material genético. Cada ordenamento jurídico disciplina a questão de maneira diversa, adotando perspectivas diferentes sobre o tema.

3.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* NO BRASIL

Conforme já exposto, o legislador brasileiro não se preocupou em regular exaustivamente a reprodução assistida. No tocante especificamente à procriação artificial homóloga *post mortem*, o único dispositivo de lei que há sobre a matéria está no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, III¹⁹. A referida norma apenas se limita a assegurar o reconhecimento da relação de filiação e paternidade da criança concebida postumamente em relação ao marido falecido da mulher que se utilizar da técnica.

A polêmica a respeito de o mencionado dispositivo autorizar ou não a utilização da referida técnica será abordada posteriormente. Neste momento, cumpre discutir se a presunção de paternidade se aplicará também nas hipóteses de a companheira sobrevivente eventualmente utilizar o material genético criopreservado do companheiro falecido.

3.2.1 A presunção de paternidade na concepção póstuma e a união estável

O artigo 1.597, III, do Código Civil de 2002 trata de presunção de concepção na constância do casamento, falando textualmente em “marido”. O Conselho da Justiça Federal,

¹⁹ Art. 1.597 - Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

na I Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 106²⁰, que menciona apenas presunção de paternidade do “marido” falecido.

Por tais razões, parte da doutrina se posiciona no sentido de afastar a presunção em favor do filho da companheira, na medida em que “não é possível considerar uma presunção de paternidade em situação que não vem tratada na lei como tal” (GAMA, 2003, p.701).

Por outro lado, Marco Antonio Zanellato (2004, p.495) entende que, por força do dispositivo constitucional que considera a união estável uma entidade familiar, deve ser estendida a presunção de filiação também ao filho do companheiro falecido. No mesmo sentido se posiciona Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.296), que fundamenta seu entendimento no projeto de parentalidade mantido em vida pelos companheiros.

É a esta última posição que o presente trabalho se filia, de forma a se manter coerente com a premissa adotada, no sentido de não estabelecimento de hierarquias entre quaisquer entidades familiares. Assim, defende-se que a presunção de paternidade na concepção póstuma operar-se-á ainda que tal técnica seja utilizada pela companheira sobrevivente.

3.2.2 O posicionamento do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução assistida *post mortem*

Apesar do silêncio legislativo sobre a questão, os questionamentos sobre a concepção póstuma exigiram do Conselho Federal de Medicina (CFM) um posicionamento a respeito da legalidade ou eticidade do mencionado procedimento.

A Resolução 1358/1992, a primeira do CFM relativamente à reprodução assistida, nada mencionou quanto à reprodução assistida *post mortem*. O máximo que dispôs foi a necessidade de, no momento da criopreservação de gametas, os cônjuges ou companheiros expressarem por escrito sua vontade ao destino dado ao material criopreservado em caso de falecimento de um deles ou de ambos.

Conforme já exposto, o mencionado documento foi revogado pela Resolução 1957/2010, na qual o CFM dispôs que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post*

²⁰ Enunciado 106, Jornada de Direito Civil - Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”

Vê-se que, então, a postura do Conselho Federal de Medicina era apenas no sentido de considerar que a técnica em questão não era uma conduta médica antiética. Apesar de não haver, então, permissão expressa para a sua realização, poderia ser aplicada o princípio do direito privado segundo o qual aquilo que não está proibido está permitido.

A edição posterior da Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução 1957, especificando que a fertilização póstuma “é possível, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” Vê-se, então, que a postura do Conselho foi alterada: em vez de simplesmente não proibir a técnica, decidiu-se por sua autorização expressa.

A Resolução CFM nº 2121/2015, que revogou a 2013/2013 e atualmente se encontra em vigor, da mesma forma estabelece que “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”.

Ocorre que falta a imperatividade *erga omnes* às diretrizes do Conselho Federal de Medicina. Cabe ao Poder Legislativo expressamente autorizar ou proibir a reprodução póstuma, além de regulamentar todos os seus efeitos. A omissão legislativa neste campo tão controverso provoca uma série de dúvidas. Por exemplo, não se sabe o lapso temporal durante o qual a inseminação pode ser feita para que ainda exista a presunção de paternidade, bem como não se determinam especificamente os direitos sucessórios de tais filhos – tema a ser desenvolvido no presente trabalho. O inciso III do artigo 1597 do Código Civil de 2002 reconhece apenas a paternidade, o que não se pode jamais admitir como um elemento suficiente à definição da matéria.

3.2.3 A concepção póstuma posta em prática em território brasileiro

O primeiro caso concreto de fertilização *post mortem* de que se tem notícia em território brasileiro guarda alguma semelhança com o já exposto caso de Corine Richard e Alain Parpalaix. A professora paranaense Katia Adriana Lernerneier era casada havia cinco anos

com o contador Roberto Jefferson Niels, quando este descobriu estar acometido por um grave câncer. Seus médicos o orientaram a congelar sêmen antes de se submeter à quimioterapia, pois tal tratamento podia acarretar a sua infertilidade²¹.

Infelizmente, Roberto Niels faleceu em decorrência de sua doença. Katia Lernerneier quis continuar o projeto parental do casal, então procurou a clínica Androlab para engravidar com o sêmen congelado do marido morto. Entretanto, o laboratório se recusou a entregar o material, alegando razões éticas e falta de consentimento do falecido esposo.

A viúva procurou o Judiciário para ver garantido o seu direito reprodutivo. Em maio de 2010, o juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba, nos autos do processo de número 0027862-73.2010.8.16.0001, proferiu decisão de antecipação de tutela, concedendo autorização à viúva para tentar a desejada fertilização.

Em setembro daquele ano, Katia engravidou, dando à luz, em junho de 2011, a menina Luísa Roberta. O direito à filiação foi garantido à criança nascida, nos termos definidos pelo Código Civil. Acontece, porém, que o seu direito à herança ainda é uma dúvida, pois a supracitada decisão que autorizou a inseminação não abrangeu os eventuais direitos sucessórios da prole que dela nasceria (MONTALBANO, 2012).

Em abril de 2012, a referida decisão antecipatória de tutela foi confirmada pelo Juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba:

(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lernerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora Publique-se. Registre-se . Intimem-se.

Apesar de a reprodução *post mortem* ter sido posta em prática, mesmo com amparo judicial, é farta a doutrina que se opõe a este procedimento. É necessário entrar, no mínimo tangenciar, a discussão a respeito da matéria, como forma de facilitar a reflexão a respeito das consequências (inclusive sucessórias) da técnica.

²¹ Anna de Moraes Salles Beraldo (2010b, p.109) faz referência a caso similar julgado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo, cujo processo tramitou na 22ª Vara Cível do Foro Central da Cidade de São Paulo. A sentença, de procedência, autorizou a autora a utilizar o sêmen de seu falecido marido no tratamento de reprodução assistida. Todavia, em decorrência dos efeitos próprios da tramitação em segredo de justiça, não há maiores informações a respeito das partes ou da realização com sucesso do procedimento.

3.3 QUESTÕES SOBRE O AMPARO LEGAL E CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO PARA A REPRODUÇÃO PÓSTUMA

Conforme já sustentado em tópicos anteriores, o planejamento familiar é direito constitucional não absoluto, sendo condicionado especialmente pelos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, a reprodução artificial, como instrumento de persecução deste direito, é igualmente restringida pelos princípios atinentes ao Direito de Família *lato sensu*, inclusive o de proteção ao melhor interesse da criança (que será concebida). A este respeito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.450) sustenta que “o direito à reprodução assistida não pode ser considerado senão dentro do contexto acentuadamente solidarista e humanista do Direito de Família”.

De acordo com o quanto já exposto, o artigo 1957, III, do Código Civil de 2002 estabelece a presunção de paternidade do marido morto em relação à criança concebida pela reprodução *post mortem*²². Baseado nisso, segmento da doutrina compreende que há uma autorização legal tácita ao emprego da técnica. Justamente tal entendimento fundamentou a decisão judicial do caso supracitado, que ensejou a concepção da menina Luísa Roberta.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.89) afirma que a previsão do Código Civil configura uma permissão à inseminação artificial homóloga póstuma. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p.58) adota postura mais cautelosa, aduzindo que tal possibilidade apenas “parece admitida pelo inciso III do art. 1.597 do Código Civil, mas seguramente envolve direito da personalidade do pai, doador do sêmen”.

De modo geral, além de se entender a previsão no Código Civil como uma permissão legislativa, a defesa da legalidade da reprodução *post mortem* pode ser embasada no direito à procriação, bem como no direito à continuidade do projeto parental iniciado em vida pelo casal, argumentos estes amplamente expostos em tópicos anteriores.

²² Perceba-se ainda que a literalidade do mencionado dispositivo legal se refere apenas à possibilidade da reprodução assistida *post mortem* ser realizada com material genético do homem falecido, e não da mulher, o que abre espaço para uma discussão de quebra de isonomia entre gêneros, que será oportunamente enfrentada (vide seção 3.3.2.3).

No sentido contrário, há expressiva corrente doutrinária que entende que a reprodução póstuma é procedimento que não tem qualquer amparo legal ou constitucional, por trazer violações aos direitos dos filhos que serão concebidos, bem como por inexistir proteção à vontade de uma pessoa procriar para além da sua morte.

A respeito da menção à reprodução assistida póstuma no mencionado artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, Silvio Beltrão Romero (2010, p.172) sustenta que a simples referência no dispositivo legal “não é suficiente para determinar a legalidade do referido tratamento”.

Por seu turno, Flávio Laura (2004, p.89) afirma que não há uma clara autorização legislativa, pois a expressão “mesmo que falecido o marido”, utilizada pela norma civil, pode ser pertinente apenas aos casos em que o doador do material genético falece após iniciado o procedimento, porém antes do nascimento da criança.

No mesmo sentido, Heloisa Helena Barboza (apud BERALDO, 2010a, p.72) ressalta que “a existência de disposição legal estabelecendo a paternidade presumida, nos casos de reprodução assistida, por si só, não deve afastar o questionamento quanto à legitimidade da inseminação *post mortem*”. A referida autora destaca que se trata de técnica ilegítima, por não levar em consideração os direitos da prole, em especial o direito à convivência familiar.

Por opção metodológica, serão analisados em primeiro lugar os argumentos contrários à reprodução artificial póstuma que se fundamentam no direito da prole a ter uma família biparental. Na sequência, será aprofundado o debate a respeito dos demais fundamentos nos quais alguns doutrinadores baseiam sua contrariedade ao procedimento.

3.3.1 A procriação *post mortem* e o alegado “direito à biparentalidade” do filho

A primeira e mais polêmica questão a respeito do fundamento ético e jurídico em torno da reprodução artificial *post mortem* reside na circunstância de o procedimento, se bem sucedido, resultar na concepção de um filho que nascerá privado da presença do seu genitor, pois este já se encontra pré-falecido. Com efeito, a presente pesquisa inicialmente elencará os posicionamentos de muitos autores contrários à procriação póstuma, que se referem à

existência de um “direito à biparentalidade”²³ (MALUF, 2013, p.213), alegadamente titularizado pela prole. Após a mencionada exposição, os argumentos suscitados serão devidamente confrontados.

Roberto Wider (2007, p.73) defende que a base da questão sobre a procriação assistida póstuma está no fato de, previamente à concepção, uma criança ser condenada à orfandade paterna. Jorge Duarte Pinheiro (2004, *on-line*) argumenta que “a programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores”.

Na produção acadêmica de Eduardo de Oliveira Leite, vê-se uma crítica muito grande à reprodução *post mortem*, considerada “fortemente desaconselhável” por este autor (2004, p.155), na medida em que existem fortes consequências “de natureza ética e psicológica” para os filhos, decorrente de ter apenas um pai vivo. Segundo o mencionado doutrinador (2003, p.97), a monoparentalização compromete seriamente o processo de independência e de socialização da criança.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.150) ainda argumenta que se trata da lei da natureza toda criança ter, normalmente, um pai e uma mãe; e que a procriação artificial deve se referir a um modelo, que “continua sendo o da família plena que exige a presença do pai e da mãe”. Por essa razão, o referido doutrinador (1995, p.151) sustenta que a família que o legislador tem interesse de garantir à criança é aquela formada por ambos os genitores. Conclui (1995, p.155) defendendo que a reprodução *post mortem* “provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe”.

Ainda de acordo com Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.140), “juristas, psicólogos, médicos e biólogos estão de acordo em afirmar que a criança deve se desenvolver na atmosfera familiar com um pai e uma mãe”. O mencionado autor segue aduzindo que “esta é a evidência natural dos fatos”, e que, “se deseja-se crianças felizes, não se pode pensar em crianças decorrentes de famílias monoparentais”.

Com uma linha argumentativa similar, Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.77) afirma que a criança concebida postumamente “não terá uma vida normal, fato que poderá prejudicar a formação de sua personalidade e sua integração social”. A mesma doutrinadora (2005, p.73) defende que a concepção póstuma não garantiria à prole o seu direito de ter uma família.

²³ Taciana Cahu Beltrão (2010, p.106) suscita em seus leitores uma interessante indagação: é possível “incluir o direito à filiação integral como uma das facetas dos direitos da personalidade?”.

Igualmente, Taciana Cahu Beltrão (2010, p.125) destaca a importância de ambos os pais para o integral desenvolvimento psíquico-social da pessoa.

Taciana Cahu Beltrão (2010, p.136) sustenta se configurar uma “violação à própria condição humana subtrair de qualquer ser humano o direito a uma filiação integral”, motivo pelo qual defender ser “flagrantemente inconstitucional qualquer regra que permita a gestação decorrente de inseminação artificial sem a presença ou sem a constituição do vínculo de paternidade”²⁴. A referida doutrinadora (2010, p.134) argumenta ainda que o texto constitucional, ao reconhecer a família monoparental, não está negando o direito da criança a ter um pai e uma mãe.

De semelhante modo se posiciona Antonio Jorge Pereira Junior (2003, p.126), segundo quem “o planejamento familiar não pode ser invocado para lesar, *a priori* e voluntariamente, o direito que a criança teria de ser educada em uma família completa, de acordo com a ordem natural da vida, ou de saber quem é o seu pai”.

Da mesma forma, Sandra Marques Magalhães (2010, p.52) elenca profusa produção doutrinária para repugnar a procriação medicamente assistida póstuma, defendendo que a criança que nascerá “necessitará de uma família formada por pai e mãe, sendo ambas as figuras indispensáveis ao seu saudável desenvolvimento”. A mencionada autora (2010, p.54) expõe que somente na família bilinear estaria resguardado o melhor interesse da criança, tornando ilegítima a formação voluntária da família monoparental.

Compartilhando entendimento semelhante, Mônica Aguiar (2005, p.160) sustenta que é imperioso garantir ao nascido a biparentela (ou seja, ter os dois genitores), o que tornaria antiético permitir a concepção de órfão.

Para Helena de Azeredo Orselli (1997, p.193), “o direito de ter pai e mãe é decorrência de vários princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e da garantia à convivência familiar”; dessa forma, para tal doutrinadora (1997, p.192), “admitir-se a aplicação das técnicas de reprodução assistida por pessoa sem parceiro seria alijar o filho do direito de ter pai e mãe”.

²⁴ Ressalve-se que a mencionada autora está se referindo especificamente às hipóteses em que se priva totalmente a filiação paterna, casos nos quais não se garante à criança o direito ao conhecimento da ancestralidade, historicidade genética e familiar etc. Dessa forma, na medida em que esses direitos específicos são assegurados à prole no caso da inseminação póstuma (pois o próprio Código Civil reconhece a relação de filiação com o genitor falecido), as considerações da referida doutrinadora devem ser vistas com reserva em relação à situação em que há um pai, todavia pré-morto.

Por sua vez, Kristine Barci Gugliotti (2014, p.153) argumenta que a criança gerada tem o direito à figura tanto da mãe quanto do pai, sendo injusto gerar deliberadamente um ser humano que jamais terá direito a conhecer um de seus genitores. Gugliotti (2014, p.162) defende que “o mais certo seria a proibição legal da inseminação *post mortem*, com punições severas, penal e civilmente, aos profissionais que a realizarem *contra legem*”.

Da mesma forma, Roberto Wider (2007, p.79) afirma que “é direito inderrogável da criança desfrutar da estrutura familiar biparental”, decorrência do princípio constitucional do melhor interesse; sendo, assim, ilegítimo reconhecer à mãe a possibilidade de, por sua vontade unilateral, formar uma família unilateral póstuma. O referido autor (2007, p.76) argumenta, por fim, que o recurso à inseminação de pai pré-morto “milita contra um dos maiores interesses da criança: o direito à convivência familiar”.

Sandrina Maria Araújo Lopes Alves e Clara Costa Oliveira (2014, p.73) aduzem ainda que o direito à biparentalidade “justifica que não seja constitucionalmente admissível a inseminação de mulher solteira, que não viva uma relação heterossexual em união de fato estável, ou *post-mortem*”. Na mesma linha, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.140) afirma que “o interesse da criança, que não pode, nem deve ser subestimado, impõe seu nascimento num lar onde existe uma relação heterossexual estável e afetuosa”; o mencionado autor ainda segue defendendo ser moralmente e psicologicamente condenável a concepção deliberada de uma criança por uma mulher ou por um homem que não participe de tal relação.

Cite-se ainda Luciana da Fonseca Lima Brasileiro Auto (2013, p.98), para quem a constituição de uma família monoparental alija do filho o direito de tê-lo plenamente; retira-se da criança “a chance de ser filho de forma integral, em decorrência de uma escolha narcisista e autossuficiente”. Argumenta que, apesar de tal entidade ser reconhecida pela Constituição, não se trata de uma opção ou um novo caminho para se ter filhos. A mencionada autora (2013, p.98) sustenta que a monoparentalidade não pode ser opcional, e projeto familiar que leve a ela não é legítimo.

Por todas as opiniões expostas, percebe-se na doutrina uma grande resistência à família monoparental. E é justamente quanto a este ponto que se pede vênia para veementemente discordar dos referidos argumentos.

Na conformidade do quanto já exposto no presente trabalho, especialmente na seção 2.1.1, o ordenamento jurídico brasileiro caminhou no sentido de acolher e proteger as diversas modalidades de entidades familiares pós-modernas.

O Direito de Família se revolucionou no sentido de superação do paradigma de família biparental, composta necessariamente por pai e por mãe²⁵. Recorde-se, nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988 inovou ao não mais tratar o casamento como elemento essencial à constituição da família, dando proteção jurídica à união estável e às entidades monoparentais²⁶.

Conforme leciona Cristiano Chaves de Farias (2007, p.03), não se pode fixar um modelo familiar uniforme, “sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”. O referido autor (2007, p.04) ainda ensina que não é crível nem admissível que a estrutura familiar “esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante”, pois se trata de “realidade viva, adaptada aos valores vigentes”.

Por tais razões, não se pode concordar com o entendimento segundo o qual a família bilateral é o modelo normal ou aquele em que se garante mais intensamente o melhor interesse da prole. Todas as modalidades de famílias têm o seu valor intrínseco, sem qualquer hierarquia entre elas.

A este respeito, vale trazer o ensinamento de Paulo Luiz Netto Lobo (2008, p.140), segundo quem “não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais”.

O presente trabalho filia-se ao entendimento de Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza (2012, p.94), para quem “não deveria haver uma representação hegemônica no que diz respeito às formas de constituição do bem comum, o que veda ao Estado a imposição de um modelo ideal de família”. A mencionada doutrinadora ainda afirma que “o melhor interesse da criança não pode excluir peremptoriamente algumas formas de família”²⁷.

²⁵ Inclusive é por esse motivo que se revela preferível a expressão “Direito das Famílias”, de forma a evidenciar o atual acolhimento às múltiplas formas de entidades familiares existentes.

²⁶ A respeito das entidades familiares monoparentais, José Russo (2005, p.108) lamenta que, apesar de reconhecidas pela Constituição Federal de 1988, elas sofrem com a omissão da legislação infraconstitucional. Por isso, propõe a criação do “Estatuto da Família Monoparental”.

²⁷ Especificamente defendendo a legalidade da concepção assistida *post mortem*, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza (2012, p.94) argumenta que “apesar da falta de convivência, haverá definição sobre a pessoa dos ascendentes, surgindo daí, inclusive, a preocupação do legislador em estabelecer a presunção” de paternidade. A autora segue afirmando que “na hipótese do inciso III do art. 1797, a vontade de procriar fazia parte de um projeto parental compartilhado pelo casal e comprovado pela criopreservação voluntária dos gametas. Assim, nada mais justo que permitir à mulher a continuidade daquele planejamento familiar”.

Neste sentido, destaque-se o posicionamento de Carmen Silvia Mauricio de Lacerda (2006, p.177), segundo quem “tanto quanto as demais entidades familiares, as monoparentais seriam, de fato, ‘ninho’ e locus de desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um dos seus membros”. A referida autora ainda sustenta que “a família monoparental, tal como qualquer outra modalidade de família, pode significar o porto seguro, a referência, o local da afetividade necessários para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes”.

A este respeito, merece destaque a contribuição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que, ao abordar o tratamento legislativo acerca das relações interparentais na contemporaneidade, afirma que

os códigos da contemporaneidade devem ser tais, portanto, que sejam não apenas abertos e permeáveis às novas visões, mas que sejam despojados de preconceitos e de ranços próprios do passado, para que contenham regras e normas de efetiva eficácia e ajuste com o reclamo social atual (HIRONAKA, 2006, p.165).

Segundo Hironaka (2006, p.156), mudam os homens, seus grupamentos sociais, as instituições, os institutos jurídicos e, nesse contexto, mudam também as famílias e as relações familiares; e “é preciso prestar grande atenção no que se apresenta de distinto, para que não se dê tratamento anacrônico a nenhuma das experiências vivenciadas pelos membros da família contemporânea, ou a nenhuma das relações humano-jurídicas entre elas desenvolvidas”.

Questiona-se, aqui, a premissa de muitos autores acima mencionados, segundo a qual o melhor interesse para a prole é o de conviver em uma família biparental.

Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p.150-151) defende que não há uma resposta ou modelo preconcebido do que seja o melhor para a criança ou o adolescente, devendo-se fazer uma definição apenas em cada caso concreto; na verdade, o entendimento sobre o conteúdo do referido princípio é relativo e variável de acordo com a cultura, a sociedade e a tábua axiológica adotada pelo intérprete. Para o mencionado doutrinador (2012, p. 158), garante-se o melhor interesse da criança rompendo-se as barreiras de preconceitos e “evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor”.

Maurizio Mori (2001, p.66) sustenta ser absurda “a ideia de que se possa realmente estabelecer *a priori* quais seriam os interesses prioritários ou o bem-estar do nascido”; defende ainda que o máximo que se pode tentar identificar “são algumas condições mínimas que garantam a possibilidade de realizar o próprio bem-estar”. É de se esperar que a pessoa,

quando busca o auxílio da reprodução assistida, pense ser capaz de garantir pelo menos tais condições mínimas²⁸, ora referidas, à sua prole.

Ainda de acordo com Maurizio Mori (2001, p.66), propor o confronto entre as diversas modalidades de nascimento, a fim de se estabelecer qual seria a melhor para os interesses da criança, trata-se de ideia confusa, embasada no senso comum e enganosa. Em seus dizeres, “quem nasce com o auxílio técnico jamais nasceria sem este, e para afirmar que se lhe causa dano fazendo-o vir ao mundo é preciso sustentar que para este teria sido melhor não existir”.

De igual modo, a presente pesquisa filia-se ao entendimento defendido por Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.87), segundo o qual não se pode deduzir que os interesses do filho serão contrariados simplesmente por fazer parte de uma família monoparental, “já que não será nem mais nem menos problemática do que é uma criança que vem ao mundo pelo modo natural, pois ela também fará parte de uma sociedade composta por seres humanos tão problemáticos e complexos”.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.88) sustenta que é um absurdo se falar em família normal nos dias de hoje, como sendo aquela formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos; talvez este seja o modelo mais comum, mas é preconceituoso dizer que se trata da entidade exclusivamente normal. A mencionada autora defende ainda que

efetivamente, o que se deve ter em conta é se o genitor isolado fornece todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto, de forma que não se pode considerar que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para formação da família monoparental, de antemão, não atenda ao interesse da criança (FERRAZ, 2008, p.88).

De modo semelhante, Alan Rocha de Souza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2009) entendem que “o direito à reprodução por meio de técnicas de reprodução assistida também não deve ser restringido em função de uma visão ultrapassada da necessidade de biparentalidade heterossexual para o desenvolvimento da personalidade da futura criança”.

Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa (2001, p.73) sustenta que a opção pela reprodução assistida é uma questão de liberdade e autonomia individual, o que torna injustificável reservar ao casal monogâmico heterossexual unido o direito de reivindicar a procriação e a constituição de família a partir das técnicas de procriação artificial.

²⁸ Condições mínimas que, para Mori (2001, p.67) dão “uma vida normalmente saudável e um contexto familiar suficientemente amável”.

De acordo com Silvio Romero Beltrão (2010, p.174), o nascimento de uma criança em uma família monoparental não é, por si só, suficiente para impedir a realização da procriação assistida póstuma, na medida em que se trata de entidade familiar previsto constitucionalmente no direito brasileiro.

O presente trabalho associa-se ainda ao pensamento de Caroline Sátiro de Holanda (2006, p.104), que questiona se o direito à convivência familiar, assegurado à criança e ao adolescente, requer necessariamente a existência de um pai e de uma mãe. A mencionada pesquisadora segue defendendo que a resistência à monoparentalidade (assim como à união homoafetiva) se dá em razão de serem novas modalidades de família, com as quais a sociedade não está habituada a conviver.

Caroline Sátiro de Holanda (2006, p.106) argumenta ainda que não é a falta de identificação ou convivência de um dos genitores que gera prejuízos à criança em um lar monoparental; para a autora, os maiores danos à prole decorrem do preconceito com que a sociedade insiste em tratar os tipos diferenciados de família. Por fim, aduz (2006, p.108) que os filhos têm direito à convivência familiar, mas que esta independe da existência de ambos os genitores, podendo haver de forma plena e satisfatória em um lar monoparental.

Acerca do argumento de que a família monoparental não se trata de uma opção legítima, Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.85) refuta-o, aduzindo que “o texto constitucional não distingue as causas da monoparentalidade, de forma que esta pode se edificar por vontade unilateral, como também por fatos alheios à vontade dos pais”. Trata-se de posição igualmente sustentada pelo presente trabalho.

Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a legitimidade da opção pela formação voluntária de família monoparental, especificamente no caso da adoção uniparental, na medida em que o Estatuto da Criança ou do Adolescente não estabelece qualquer restrição para que pessoas solteiras ou viúvas sejam adotantes. Verifica-se que se trata de uma hipótese em que a lei não vê, na criação por apenas um pai adotivo, qualquer empecilho ao desenvolvimento saudável da prole.

A este respeito da permissão legal à adoção unipessoal, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.152) argumenta que o legislador a admite apenas por razões de ordem filantrópica e social, pois considerar ser melhor à criança (já nascida e abandonada) ter apenas um pai adotante do que permanecer só sem pais nem família.

No mesmo sentido se manifesta Taciana Cahu Beltrão (2010, p.111), para quem na reprodução artificial por pessoa sozinha se retira qualquer chance de a criança ter o referencial paterno, enquanto na adoção uniparental a criança já não tem pai nem mãe, sendo o afeto de apenas um adotante a melhor opção.

De igual forma se posiciona Antonio Jorge Pereira Junior (2003, p.126), que aduz que a adoção unipessoal é um remédio que atende ao já instalado problema existente quando não é possível conferir um melhor quadro familiar à criança ou ao adolescente; para ele, por outro lado, adotar a entidade monoparental como projeto familiar significa se colocar “a satisfação pessoal de pessoa solteira que deseja ter filhos acima do direito da criança de desfrutar um lar completo”.

Novamente, há de se discordar das conclusões acima apresentadas. Tais argumentos se baseiam no fato de a adoção unipessoal ser “tolerada”, por consistir em um mal menor para a criança ou adolescente adotado.

É necessário novamente que se tenha em mente, entretanto, que não cabe mais, no atual sistema jurídico brasileiro, a hierarquização de entidades familiares. Por essa razão não é razoável considerar que a adoção realizada por uma única pessoa é uma opção pior, reservada para os casos em que não se pode conferir “um melhor quadro familiar” à prole.

Defende-se, por conseguinte, que é igualmente válida, aceita e protegida pelo ordenamento brasileiro toda forma de concretização do planejamento familiar e do projeto parental, obviamente desde que respeitando os limites impostos pela parentalidade responsável e pela dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a princípio, presume-se que, de modo geral, as variadas entidades familiares – sejam formadas por procriação natural, reprodução assistida, concepção póstuma, adoção por um ou dois adotantes, entre outras - atendem igualmente aos melhores interesses da prole.

Por tudo quanto exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não mais reconhece a biparentalidade como essencial ao desenvolvimento psicológico e emocional da criança. Conforme leciona Andrea Aldrovandi (2006, p.122), “a evolução da família e do Direito de Família não permite mais a utilização de argumentos fundados na preocupação com supostos preconceitos provenientes da sociedade contra novas entidades familiares”.

A este respeito, Karla Fischer (apud MONTALBANO, 2012, p.24) conclui que, a despeito de a biparentalidade ser o ideal, “acredita-se que ela não pode afastar a inseminação

post mortem, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida, no qual houve a identificação da receptora do sêmen”.

Por fim, destaque-se o posicionamento misto de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.720), para quem a regra deve ser a proibição do acesso de pessoas sozinhas às técnicas de reprodução assistida; porém o mencionado autor concorda que se deve conceber “possível, ainda que excepcionalmente, o acesso das pessoas solteiras às técnicas de reprodução assistida, desde que configurados requisitos mais rígidos do que normalmente são exigíveis de um casal e um especial entre eles, projeto parental”.

Ainda de acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.722), a despeito de o texto constitucional não objetivar o estímulo à constituição de famílias monoparentais, “não se pode negar a possibilidade da pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, e tal como lhe é reconhecida a faculdade de adotar, também deverá sê-lo no âmbito da reprodução assistida, com todas as cautelas necessárias”.

Apesar de o presente trabalho discordar do mencionado doutrinador sobre o caráter de excepcionalidade do acesso às técnicas de reprodução assistida pelas pessoas sozinhas, deve-se reconhecer o mérito do argumento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.721) quando afirma que “a presença das figuras paterna e materna, na formação da personalidade da criança, como se verifica na Psicologia, é fundamental, mas na realidade não se trata da presença física, podendo as funções de pai e de mãe serem exercidas por pessoas diferentes”.

Pelos argumentos expostos até o momento, é possível chegar a algumas conclusões. A primeira, e que deve ser especialmente reiterada e destacada, é que o atual Direito das Famílias brasileiro não comporta hierarquia entre entidades familiares. Por essa razão, não se pode conceber *a priori* que uma família biparental é melhor para os interesses da criança do que uma monoparental.

Por outro lado, na medida em que o planejamento familiar é um direito assegurado tanto ao casal quanto ao homem ou à mulher sozinhos, depreende-se que a todos estes também se garante o exercício do projeto parental – institutos cuja íntima relação se demonstrou na seção 2.1.3.

Se o ordenamento jurídico assente que uma pessoa sozinha pode titularizar os direitos ao planejamento familiar e ao projeto parental, conseqüentemente há um reconhecimento que tal indivíduo pode oferecer, ainda que isoladamente, as condições mínimas necessárias para o

desenvolvimento da sua prole – em especial afeto e amor, além do cumprimento das obrigações decorrentes do poder familiar.

Do mesmo modo, igualmente há de se admitir que, se um casal mantinha um projeto parental conjunto, a extinção deste não se opera automaticamente com a morte de um dos parceiros. Pelo contrário, o sobrevivente continua titular daquela expectativa de parentalidade – desde que o falecido tenha deixado expresso sua intenção de proceder à concepção mesmo após o falecimento, conforme será aprofundado posteriormente.

Por todas as considerações acima mencionadas, afirma-se que a ausência da convivência com o pai falecido não é, por si só, argumento suficiente para que se impeça a reprodução póstuma. Trata-se inclusive do entendimento adotado pelo Conselho Federal de Medicina, já evidenciado na seção 3.2.2.

3.3.2 Outras controvérsias a respeito da procriação *post mortem*

Superando-se a questão do alegado direito da criança à “biparentalidade”, há ainda outros argumentos doutrinários que se opõem à constitucionalidade ou legalidade da reprodução assistida póstuma.

3.3.2.1 O consentimento do genitor pré-falecido

Os opositores da concepção *post mortem* sustentam que não se pode utilizar o material genético de alguém já falecido. Maria Helena Diniz (2007, p.503) afirma que os pais, enquanto vivos, devem consentir de forma livre e esclarecida para que a reprodução assistida ocorra. A partir deste raciocínio, afirma que autorizar a inseminação póstuma seria, *a priori*, “violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada, e não imposta”, porque “o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir”, então não poderia exprimir seu desejo de conceber um filho.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.155) aduz que “se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação”.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.74) afirma que o consentimento fornecido em vida pelo parceiro doador do material genético não tem mais validade após a sua morte, na medida em que a pessoa natural deixa de ser sujeito de direitos e obrigações por força do seu óbito. A referida autora (2005, p.75) argumenta que qualquer manifestação de vontade do *de cuius* neste sentido é nula, “primeiro porque vai contra os princípios gerais de direito segundo os quais não se permitem realizar desejos de imortalidade; e segundo porque encontra frontal oposição da ordem pública”.

Com compreensão próxima, Monica Aguiar (2005, p.117) defende que os pretensos genitores devem consentir, expressamente, a respeito da reprodução artificial não apenas no momento da doação de gametas, mas também no exato instante da inseminação. Desta forma, “a morte opera, *ipso facto*, como revogação deste consentimento, pois, quando da fecundação, ele deve ser reiterado”²⁹. Conforme sustenta a professora, a declaração de vontade de cada membro do casal somente tem relevância jurídica quando, e se, unida à outra em uma única manifestação; assim, a morte impede que o doador falecido reitere o seu consentimento no instante da inseminação, o que impossibilita o uso daquele material genético.

A presente investigação reconhece a imprescindibilidade da autorização do doador para a utilização do seu material genético em técnicas de reprodução assistida. Depreende-se assim que, para ser juridicamente possível a concepção artificial, necessário se faz verificar a existência de vontade procriacional, consistente no “consentimento prestado com o fim de procriar” (AGUIAR, 2005, p.96), que deve ser manifestada pelas pessoas a quem se atribuirão paternidade e maternidade³⁰.

Em verdade, a vontade procriacional é o fator que prevalece no estabelecimento da parentalidade decorrente de reprodução assistida, superando-se o critério puramente biológico na fixação da relação de filiação. É por tal motivo que se pode afirmar que, havendo consentimento para a retirada e conservação dos gametas, mas não havendo autorização para sua utilização, não haverá reconhecimento da filiação em relação ao doador. Segundo Mônica Aguiar (2005, p.96), nesta hipótese “falta aos atos subsequentes de fecundação e gestação o elemento voluntário mínimo para, à luz de qualquer conceito de razoabilidade, admitir-se vínculo jurídico de paternidade e maternidade”.

²⁹ Destaque-se que a mencionada doutrinadora, em obra posterior (AGUIAR, 2013, p.12), reconhece que o Código Civil de 2002 admite a eficácia de vontade manifestada em vida para além da morte da pessoa, especificamente para fins do inciso III do artigo 1.597.

³⁰ Ou paternidade e paternidade, ou mesmo maternidade e maternidade; afinal, não se pode excluir a possibilidade de acesso às mencionadas técnicas por casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Ainda reconhecendo o consentimento prestado com o fim de procriar como elemento primordial no reconhecimento do vínculo de parentalidade, Mônica Aguiar (2005, p.98) defende que, “na hipótese em que tenha sido comprovada coação na emissão da vontade pelo pai social, o filho terá somente mãe e não lhe será dado a registro pai, haja vista que somente uma vontade concorreu para o seu nascimento”. A referida doutrinadora suscita tal circunstância notadamente para os casos de procriação artificial heteróloga, todavia admite a possibilidade de se aplicar o mesmo raciocínio para a hipótese de reprodução assistida *post mortem*.

Por tudo quanto exposto, cabe à presente pesquisa investigar se é possível haver vontade procriacional válida e eficaz mesmo após o falecimento do doador do material genético.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê situações em que a manifestação de vontade produz efeitos mesmo após a morte do seu emitente. O grande exemplo que pode ser dado nesta seara é o testamento, um negócio jurídico eminentemente *causa mortis* - a sua eficácia está justamente condicionada ao óbito do testador.

Desta forma, conclui-se que há situações em que a morte não atua de pleno direito como revogadora da vontade expressada em vida. Portanto, é juridicamente possível admitir que uma dessas hipóteses seja a manifestação no sentido de continuidade do projeto parental, ainda que um dos pretensos genitores venha a óbito.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2007, p.330) defende que o consentimento do marido para a utilização póstuma do material genético não pode ser presumido, necessariamente deverá ser expresso. Do mesmo modo, posicionam-se Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2013, p.235), sustentando que a autorização deverá ser expressa e irrevogável.

Para alguns doutrinadores, a seguir elencados, tal manifestação de vontade no sentido de continuidade póstuma do projeto parental deve vir expressamente revestida de solenidades específicas.

Com efeito, na obra sobre Direito das Sucessões de Orlando Gomes, revista e atualizada por Mario Roberto de Carvalho de Faria (2012, p.23), há afirmação no sentido de que a autorização para a inseminação dada em vida perde a eficácia com a morte, a menos que seja expressamente feita em testamento. Por sua vez, Maria Helena Diniz (2007, p.504) se utiliza de analogia à legislação espanhola para igualmente estabelecer que a vontade do

pretensão genitor deva ser manifestada em disposição testamentária ou escritura pública para produzir efeitos após o seu falecimento.

Este trabalho, por sua vez, defende que o doador de material genético deve consentir expressamente e inequivocamente com a reprodução assistida *post mortem*. Apesar disso, não se considera razoável que a referida autorização deva ser veiculada por via testamentária.

Exigir elaboração de ato solene de última vontade por parte do pretensão genitor consistiria em formalismo exagerado e submeteria a reprodução ao aguardo de procedimento judicial de apresentação de testamento, muitas vezes demorado e tumultuado pelos interessados financeiramente na questão. O retardamento e os conflitos em sucessivas impugnações da validade da cédula testamentária inclusive poderiam ser utilizados como forma de protelar o andamento processual até que a parceira sobrevivente já não se encontre mais em idade adequada para dar seguimento à procriação artificial.

Adotando linha de pensamento semelhante à ora defendida, a I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, aprovou o já mencionado Enunciado 106, já acima transcrito, que determina a necessidade apenas de autorização escrita do doador, contudo sem exigir a feitura de testamento.

A posição da Jornada de Direito Civil é elogiada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p.58), para quem “não se pode presumir que alguém quisesse ser pai depois de sua morte, salvo se houvesse manifestação clara da vontade neste sentido, isto é, em prol da fertilização tardia”.

Sendo inequívoca a manifestação de vontade do doador, não há razão para que se impeça o prosseguimento do seu projeto parental, se isto também for o desejo da sua parceira, como forma de assegurar o respeito à autonomia reprodutiva de ambos. Este consentimento pode ser dado por documento com a natureza jurídica de diretiva antecipada, que é instrumento cujo objetivo visa “garantir ao paciente que seus desejos serão atendidos no momento da terminalidade da vida” (DADALTO, 2010, p.73).

As diretivas antecipadas permitem o exercício da autonomia do paciente em questões que envolvem sua vida e sua saúde. Na medida em que a criopreservação de gametas é uma realidade, e que estes continuam viáveis mesmo após a morte do seu doador, defende-se que as escolhas autônomas do paciente quanto à sua liberdade reprodutiva tenham sua eficácia estendida a um determinado período de tempo após o óbito, de forma a permitir a sua póstuma concretização.

Destaque-se que o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, editado em 14 de março de 2016, prevê expressamente o direito de registro da criança concebida por reprodução assistida *post mortem*, independentemente de decisão judicial, desde que o genitor falecido tenha deixado autorização prévia específica, lavrada por instrumento público, para utilização do material biológico preservado.

O mencionado diploma normativo editado pela Corregedoria Nacional de Justiça reconhece a subsistência da eficácia da vontade manifestada no sentido de prosseguimento da autonomia reprodutiva mesmo após o falecimento de um dos genitores, desde que a manifestação se dê por escritura pública. Trata-se de avanço elogiável, entretanto ainda insuficiente.

A insuficiência do Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça reside na inexistência de previsão de prazo de eficácia da manifestação de vontade no sentido de utilização *post mortem* do material genético. Conforme disposto na seção 2.1.5, a presente investigação concluiu ser necessária a fixação de um limite temporal dentro do qual a autonomia reprodutiva deve ser exercida, na medida em que não se trata de um direito absoluto e, dessa forma, submete-se a restrições.

Conforme ensina Francisco Amaral (2008, p.596), o tempo é fator de limitação do exercício dos direitos; “a figura técnica que exprime a extinção dos direitos e suas pretensões pela inércia do respectivo titular no tempo devido é a chamada caducidade”.

Os direitos não exercidos se extinguem com o passar do tempo em decorrência da necessidade de certeza e segurança nas relações jurídicas. Com o projeto parental e o planejamento familiar não poderia ser diferente. Ambos são direitos e, como tais, estão sujeitos à caducidade por inércia do seu titular.

Quando um membro de um casal morre, deixando expressa autorização para a utilização póstuma dos seus gametas criopreservados, a sua autonomia reprodutiva será exercida a partir de iniciativa do cônjuge (ou companheiro, de acordo com o quanto defendido na seção 3.2.1) supérstite. O decorrer de longo período de tempo após o óbito sem que o parceiro sobrevivente procure a concretização da parentalidade faz presumir o desaparecimento do projeto parental.

Defende-se aqui, portanto, que o decurso de um determinado lapso temporal faz caducar a vontade manifestada, motivo pelo qual não mais se verificará o direito de acesso à reprodução assistida *post mortem*. O mencionado prazo deve ser fixado pelo legislador, não

podendo ser demasiado curto, permitindo-se o respeito ao luto antes do prosseguimento nas tentativas de realizar a procriação artificial.

3.3.2.2 A ausência de infertilidade da parceira (viúva ou companheira) sobrevivente

Olga Jubert Gouveia Krell (2005, p.195) se opõe à ideia de concepção póstuma, na medida em que não há qualquer indicação médica que assista à beneficiária. Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.74) também aduz que “o fundamento de validade das procriações artificiais sempre foi o de dar remédio à esterilidade do casal solicitante”, o que não se verifica quando já não existe mais casal, mas apenas o parceiro sobrevivente.

No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.152) argumenta que, “se o objetivo da procriação é dar filhos artificialmente ao casal estéril”, a admissão de mulheres férteis, porém sozinhas, “alternaria a concepção da procriação artificial”, na medida em que não haveria quadro clínico ou doença a ser tratada.

Ainda nessa linha de argumentação, Luciana Fonseca Lima Brasileiro Auto (2013, p.88) critica a inversão de valores representada pela permissão de que uma mulher fértil sozinha tenha acesso às técnicas de reprodução assistida para dar origem a uma família monoparental, pois estas deixariam de atender à sua finalidade primordial, qual seja, auxiliar o tratamento da infertilidade.

Novamente, discorda-se dos mencionados doutrinadores sobre a imprescindibilidade da infertilidade como garantia de acesso à reprodução assistida. Conforme já amplamente sustentado na seção 2.2, apesar de terem surgido visando à regulação do acesso de casais inférteis à parentalidade, tais técnicas devem ser admitidas para assegurar a vontade de se reproduzir às modalidades de família que não têm como procriar naturalmente, a exemplo dos casais formados por pessoas do mesmo sexo (MALUF, 2013, p.212).

Na atualidade, o acesso à tecnologia de procriação artificial está relacionado com questões de liberdade e autonomia no exercício dos direitos reprodutivos e sexuais³¹. Igualmente, trata-se de métodos concernentes à concretização do planejamento familiar – que

³¹ Neste mesmo sentido, posicionam-se Caroline Sátiro de Holanda (2006, p.53) e Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa (2001, p.73), entendimento ao qual o presente trabalho se filia integralmente.

é de livre decisão do casal ou da pessoa sozinha, devendo o Estado se abster de quaisquer interferências -, independentemente da fertilidade ou infertilidade dos interessados.

Por fim, cite-se Fátima Oliveira (2001, p.100), que, partindo da premissa de que a medicalização é uma ferramenta excepcional de poder político, afirma não haver competência ética para julgar quem deseja ter ou não uma prole; em verdade, deve-se “apoiar as decisões referentes a procriar ou não e que elas sejam concretizadas em segurança e sem danos à sanidade física e mental”.

3.3.2.3 A quebra de isonomia entre homens e mulheres

Mônica Aguiar (2005, p.118) aduz que a previsão do mencionado inciso III do artigo 1. 597 do Código Civil de 2002 traz “violação à regra constitucional da isonomia de direitos entre homens e mulheres, haja vista que se dirige apenas à filiação *a patre*, a proteger, tão-somente, a viúva”. Segundo a referida doutrinadora, “ao não prever regra idêntica para a fixação da maternidade, o legislador infraconstitucional impede ao viúvo o exercício de idêntico direito de emprego dos embriões sobranes”. A mencionada autora defende tal posicionamento sustentando que, na hipótese de falecimento da genitora que congelou os seus óvulos, o pai necessitaria de se valer da gestação de substituição, e a mulher portadora seria reconhecida, pelo parto, como mãe da criança.

Ocorre que tais questionamentos, oportunos quando da publicação da obra referida, atualmente se encontram superados pelas inovações jurisprudenciais e normativas no ordenamento jurídico brasileiro ocorridas desde então.

Em primeiro lugar, uma interpretação conforme a Constituição permite que a presunção de parentalidade prevista na referida norma seja aplicada analogicamente à mulher que eventualmente tenha morrido após congelar os seus óvulos.

Por outro lado, através de demandas judiciais, fazia-se possível registrar a criança concebida por gestação de substituição como filha não da parturiente, e sim da doadora do óvulo (LOPES, 2009, p.58). Ademais, com o advento do já mencionado Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, de 14 de março de 2016, o registro de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida independe de prévia autorização judicial.

De acordo com o referido Provimento nº 52/2016, será indispensável no ato registral a apresentação de consentimento prévio, por instrumento público, da doadora do útero autorizando expressamente que o registro de nascimento da criança se dê em nome da genitora de quem se retiraram os óvulos, além de outros documentos. A referida norma ainda estabelece que não constará do assento de nascimento o nome da parturiente. Por fim, a Corregedoria Nacional de Justiça prevê expressamente a possibilidade de gestação de substituição *post mortem*, desde que a falecida tenha deixado autorização, lavrada por escritura pública, para uso do material biológico preservado.

Destaque-se ainda que tal norma da Corregedoria Nacional de Justiça dialoga com a Resolução 2121 do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual a doação temporária do útero só será possível se, entre outros documentos, for apresentado termo de compromisso entre os pacientes e a doadora que receberá o embrião, no qual será estabelecida de forma clara a questão da filiação da criança. Além disso, o CFM também considera indispensável que os pais genéticos garantam o registro civil da criança, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez.

3.3.2.4 Motivações egoísticas para a gravidez póstuma

Mariangela Badalotti (2010) aduz que, se a motivação em gerar a criança for preencher o vazio deixado pelo parceiro falecido ou por motivos financeiros relacionados à herança, não se deve proceder à concepção póstuma, na medida em que, neste caso, “o filho estará sendo buscado como um meio e não um fim, o que fere a dignidade do ser humano”.

Jorge Duarte Pinheiro (2004) verifica haver ilegitimidade dos interesses dos genitores na reprodução póstuma, seja “o do defunto (desejo de imortalidade ou vontade de resolver problemas sucessórios) ou do membro sobrevivente do casal (tentativa de obter consolo ou evitar a solidão)”.

Da mesma forma, Roberto Wider (2007, p.73) afirma que o filho concebido por procriação assistida *post mortem* desempenha um papel perpetuador da afeição pelo cônjuge morto, o que pode ser de caráter patológico. O mesmo autor (2007, p. 74) também menciona o risco de se proceder à técnica apenas para encomendar novos herdeiros do pai falecido.

Para Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.153), a liberdade de acesso às mencionadas técnicas, como uma simples alternativa à procriação natural, configuraria “puro egoísmo”.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que não parece razoável estabelecer uma proibição geral de acesso à mencionada técnica com fundamentação em eventuais condutas egoísticas, na medida em que não se pode presumir a má-fé de todos os interessados. Além disso, o ordenamento jurídico não deve negar o reconhecimento de direitos por haver anomalias na sua fruição; o operador do direito deve corrigir a anomalia para que o direito possa ser devidamente exercido por seus titulares.

Ademais, não se pode falar pura e simplesmente em egoísmo de uma pessoa que busca socorro nas técnicas de concepção artificial. Conforme ensina Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.53), a opção pela reprodução assistida exige, especialmente da mulher, renúncia, abnegação e paciência; “assim sendo, não se pode referir-se a esta decisão como um ato de vaidade, visto que representa imensa coragem e infinito desprendimento”.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.70) afirma ainda que a sociedade não pode nem deve condenar o anseio de alguém tornar-se pai ou mãe, “sem que antes se faça uma reflexão sobre a necessidade da procriação”.

No mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.666) afirma conclusivamente que, quando se busca acesso às técnicas de reprodução assistida, não há qualquer egocentrismo ou vaidade, mas sim “o imenso desejo de procriar associado à coragem e desprendimento”.

Mencione-se ainda o posicionamento de Helena Carvalho Moysés (2012, p.249), para quem a oportunidade de gerar um filho do próprio ventre pode representar, para algumas pessoas, um elemento necessário ao direito fundamental de busca da felicidade³². Com efeito, não se pode imputar ao direito alheio de ser feliz o rótulo de egoísmo.

Neste mesmo sentido, destaque-se por fim o entendimento de Maurizio Mori (2001, p.67), para quem “o desejo de ter um filho não é em nada algo supérfluo e frívolo; pelo contrário, a decisão de fazer nascer um filho é um aspecto crucial e importante para o próprio projeto de vida, pois constitui um compromisso profundo para com a existência”.

³² A respeito da busca por ser feliz, destaque-se que doutrina do Direito de Família brasileiro atual tem justamente compreendido que a entidade familiar hodierna tem caráter eudemonista e modificador, visando preponderantemente “fazer com que o homem possa finalmente alcançar a tão sonhada felicidade e inserção” (MALUF; MALUF, 2013, p.241).

3.3.2.5 A extinção *ipso jure* do contrato de depósito firmado com o banco de sêmen

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.76) suscita ainda o fato de que o doador de material fertilizante e a clínica de reprodução assistida firmam entre si um contrato de depósito, que é extinto de pleno direito pela morte daquele. Desta forma, aduz que o material depositado deverá ser descartado após o falecimento do depositante, por se tratar de parte do corpo humano que não pode ser objeto de herança.

Discorda-se do entendimento da mencionada autora. Sabe-se que o corpo humano vivo é indisponível se considerado em seu todo; todavia algumas partes podem ser separadas do todo e adquirir independência, podendo ser dispostas por seu titular (QUEIROZ, 2004, p.285). Nesse sentido, no ordenamento jurídico brasileiro “é lícita a doação de órgãos, incluindo-se aí a doação de tecidos em geral, sangue, leite, cabelos, espermatozoides e óvulos” (BORGES, 2007, p.175).

De acordo com Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.285), na medida em que o material fertilizante é um produto do corpo humano amplamente separável do objeto integral, ele pode ser objeto de disposições gratuitas por seu titular, ainda que seja *res extra commercium*.

Conforme já mencionado, o direito brasileiro admite que manifestações de vontade realizadas em vida produzam efeitos para além da morte do manifestante. Por essa razão, o presente trabalho defende que, se o doador do material genético criopreservado declarou sua intenção de continuidade do projeto parental do casal ainda que em caso de seu óbito, a titularidade será transferida *ipso jure* à parceira sobrevivente.

Nessa hipótese, não se extingue o mencionado contrato de depósito, apenas há uma alteração subjetiva na posição jurídica de depositante. Conseqüentemente, o banco de sêmen não poderá descartar o objeto conservado e deverá entregá-lo quando solicitado.

Juliane Fernandes Queiroz (2004, p.297) igualmente valoriza o projeto de parentalidade titularizado pela mulher do titular originário do material genético, considerando ilegítimo “o afastamento integral da vontade de uma das partes sobreviventes do contrato, impedindo a concepção *in vitro* com o referido material, em contraposição à doação ou descarte do mesmo”.

3.3.2.6 O tratamento desigual conferido à prole

Por fim, cumpre registrar o posicionamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.937), para quem a reprodução assistida *post mortem* não é concebível no ordenamento jurídico brasileiro em razão da inexistência de direitos sucessórios da criança em relação ao seu pai pré-falecido, o que configuraria injustificável situação de desigualdade³³.

Com a devida vênia, não se pode concordar com o entendimento do mencionado autor. Conforme já sustentado pela presente investigação, não se pode concordar com a negativa de direitos sob o argumento de que sua concessão geraria anomalias; em realidade, o trabalho do intérprete da ordem jurídica é corrigir as anomalias justamente para que os direitos possam ser reconhecidos. Por essa razão, defende-se aqui que, em vez de negar a concepção de uma pessoa em razão do tratamento desigual ou discriminatório que ela venha a sofrer em vida, mais correto seria combater as referidas desigualdades ou discriminações, assegurando tratamento justo e igualitário à prole assim concebida.

Desta forma, respeitosamente se discorda dos mencionados autores que se opõem à possibilidade de realização da reprodução assistida após a morte de um dos pretensos genitores, que tenha doado material genético antes de falecer. Acredita-se que o legislador brasileiro permitiu a mencionada técnica como instrumento de planejamento familiar, privilegiando a concretização de determinado projeto parental.

Ainda que aqui se compreendesse pela ilicitude da reprodução assistida *post mortem*, já foi exposto que ela praticada no Brasil, amparada por tutela judicial. Além disso, como aduz Sandra Marques Magalhães (2010, p.56), “se um país a proíbe e outro a admite, neste último poderão ser realizadas as técnicas e nascerão crianças assim geradas, que poderão buscar os efeitos civis daí advindos, notadamente os relativos à filiação e à sucessão”. A mencionada autora conclui assim que a vedação à técnica não necessariamente extingue os problemas patrimoniais apontados por quem a esta se opõe.

³³ Em sentido semelhante, cite-se o entendimento de Silvio Romero Beltrão (2010, p.175), para quem a concepção artificial póstuma será ilegal se houver tratamento discriminatório da prole em relação às questões de filiação e de direito sucessório; por outro lado, se o tratamento for igualitário e sem discriminação, o mencionado doutrinador admite a licitude da técnica.

Desta forma, necessário se faz compreender as consequências da referida técnica na esfera jurídica dos envolvidos, em especial em matéria de vocação sucessória dos concebidos a partir dela.

4 PREMISSAS CONCEITUAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Conforme já exposto, o recorte epistemológico adotado pela presente investigação se volta de forma mais aprofundada à análise das controvérsias existentes acerca da possibilidade de reconhecimento de direitos sucessórios em favor de filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*. Para tanto, faz-se necessário estabelecer determinadas premissas conceituais do Direito das Sucessões imprescindíveis para a compreensão do problema.

Para o Direito, o termo “sucessão”, *lato sensu*, refere-se a todas as situações em que “um direito muda de titular, sem que a relação jurídica sofra uma transformação” (DANTAS, 1991, p.443). De acordo com Silvio Venosa (2011, p.01), “suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos”.

Itabaiana de Oliveira (1936, p.47) ensina que a ideia de sucessão, em sentido amplo, “está toda na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares”. A mencionada mudança na titularidade das relações jurídicas pode ser verificada em razão de ato entre vivos, bem como por causa de morte.

Ocorre que o sentido estrito concedido ao termo “sucessão” se refere apenas àquela *causa mortis*, ou seja, a decorrente do óbito de uma pessoa física. Nesta modalidade, verifica-se a existência duas posições jurídicas distintas. Há o sucedido, que é o morto; e há o sucessor, que é a pessoa a quem são transmitidos os direitos e as obrigações anteriormente titularizados por quem faleceu. Conforme ressalta Pontes de Miranda (1968, p.05), “há o prefalecido e o sobrevivente, ou os sobreviventes, que recolhem a herança, *sensu lato*”³⁴.

Destaque-se que apenas a sucessão *stricto sensu*, ou *causa mortis*, é objeto de estudo do Direito das Sucessões. Conforme expõe Clovis Bevilacqua (1947, p.07), tal disciplina é o “complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”.

³⁴ Quando Pontes de Miranda faz menção à herança em sentido amplo, está se referindo tanto à sucessão a título universal (a herança *stricto sensu*) quanto à sucessão a título singular (o legado). No primeiro caso, há transmissão da totalidade do patrimônio, ou de parte ideal dele, e o sucessor será denominado herdeiro. No segundo, o falecido deixa um bem determinado (ou determinável) e certo para o sucessor, chamado legatário. De acordo com as lições de Lacerda de Almeida (1915, p.32), herança em sentido estrito é “o patrimônio do morto”, “o conjunto dos direitos e obrigações que se transmitem ao herdeiro ou aos herdeiros”.

Cumprido ressaltar que o livro do Direito das Sucessões é o último da Parte Especial da Lei 10.406/2002, logo antes das Disposições Finais e Transitórias do referido diploma. Observando esta circunstância, Giselda Hironaka (2014, p.20) sustenta que, “assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela, e este é, sem dúvida, um lembrete para o quanto o Código Civil é um belíssimo retrato da vida dos particulares”.

4.1 FUNDAMENTO DA SUCESSÃO EM SENTIDO ESTRITO

Ao se tratar da sucessão *causa mortis*, é necessário que se questione a respeito de quais são os fundamentos da existência do mencionado fenômeno jurídico. Por que o ordenamento jurídico prevê o chamamento de um sucessor para ocupar o lugar deixado por um falecido nas relações jurídicas titularizadas por este enquanto vivo?

Em um estudo a respeito dos princípios e regras que governaram as sociedades históricas grega e romana, Numa-Denys Fustel de Coulanges (2006, p.12) ensina que ambas as culturas acreditavam que, com a morte, o espírito continuava junto dos homens, vivendo sobre a terra; a alma não se separava do corpo, “mas fechava-se com ele na sepultura”.

Fustel de Coulanges (2006, p.17) expõe que as mencionadas crenças sobre a permanência da alma junto ao corpo mesmo após o falecimento deram origem a regras de conduta obrigatórias para os vivos. Estes tinham o dever de satisfazer às necessidades de alimento e de bebida dos defuntos. Dessa maneira, estabeleceu-se uma verdadeira religião da morte, na qual os mortos eram considerados criaturas sagradas, a quem eram prestados cultos.

O culto dos mortos tinha suas peculiaridades em relação à noção religiosa ocidental contemporânea, que é fortemente influenciada pelo monoteísmo. Para os antigos gregos e romanos, a religião era doméstica, na medida em que deveria ser observada apenas pelos familiares de cada falecido (COULANGES, 2006, p.28). De acordo com Fustel de Coulanges (2006, p.32), “o pai, ao dar vida ao filho, dava-lhe ao mesmo tempo sua fé, seu culto”, o que significa que a concepção “estabelecia misterioso vínculo entre a criança que nascia para a vida e todos os deuses da família”.

Os membros das famílias grega e romana antigas eram unidos precipuamente em razão do culto dos mortos (COULANGES, 2006, p.35). Nesse mesmo contexto, também “a ideia de

propriedade privada fazia parte da própria religião” (COULANGES, 2006, p.52), na medida em que os antepassados falecidos não poderiam ser adorados senão no lar da família, que era o local onde estavam enterrados.

Percebe-se assim que a propriedade entre os mencionados povos estava relacionada com o cumprimento do culto dos antepassados mortos. Por essa razão, não era possível que tal direito se extinguisse depois do falecimento do titular; “deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguisse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio” (VENOSA, 2011, p.02). Apesar da morte do homem, a religião doméstica devia continuar, portanto o direito de propriedade sobre o lar igualmente não poderia desaparecer.

Por tudo quanto o exposto, para os antigos gregos e romanos, a existência de direitos sucessórios fundamentava-se na religião doméstica. “Como o filho é a continuação natural e obrigatória do culto, também é herdeiro dos bens” (COULANGES, 2006, p.61). Conforme conclui Silvio Venosa (2011, p.02), “o lar não poderia nunca ficar abandonado e, mantida a religião, persistiria o direito de propriedade”.

Em relação à atualidade, Roberto de Ruggiero (1973, p.399) defende a existência do fenômeno sucessório em razão da exigência que as sociedades juridicamente organizadas têm de que, com a morte de uma pessoa, as suas relações jurídicas não se extingam. O direito hereditário “tem precisamente nisto o seu fundamento racional e a sua justificação, que a morte não possa e não deva romper as relações de quem cessa de existir, porque a interrupção destas repercutir-se-ia com efeitos danosos sobre toda a economia geral” (RUGGIERO, 1973, p.400).

Inocêncio Galvão Telles (1963, p.06) defende que o fenômeno da sucessão *causa mortis* depende muito estreitamente de instituições sociais que são amparo e esteio da conservação da coletividade: a família e a propriedade.

De acordo com Washington de Barros Monteiro (1997, p.07), o direito sucessório é um complemento natural do direito de propriedade, “projetando-se além da morte do autor da herança conjugado ou não com o direito de família”. Para o referido autor (1997, p.08), a sucessão *causa mortis* desempenha importante função social no sentido de conservar unidades econômicas a serviço do bem comum, na medida em que haveria “improdutivo dispêndio de energias se essas unidades devessem desaparecer pela morte das pessoas que as criaram e as mantiveram”.

No mesmo sentido se manifesta Mario Figueiredo Barbosa (2009, p.11), para quem a sucessão *stricto sensu* é um dos corolários do direito de propriedade, uma vez que esta “não poderia existir se não fosse perpétua, e a perpetuidade do domínio repousa necessariamente na sua transmissibilidade *causa mortis*”.

É farta a doutrina que critica a existência da herança. Carlos Maximiliano (1952, p.34), sintetiza os argumentos contrários ao fenômeno da sucessão *stricto sensu*, manifestando-se seus opositores no sentido de que se trata de instituto que favorece a preguiça, a desigualdade social e a proliferação de opulentos inúteis. Cita-se o magistério de Washington de Barros Monteiro a respeito das inúmeras impugnações das quais se tornaram alvo os direitos sucessórios.

A herança converteu-se num dos institutos jurídicos mais discutidos, tendo sofrido persistentes ataques dos jusnaturalistas e escritores da escola de Montesquieu e Rousseau, bem como dos socialistas, na atualidade. Dizem aqueles que a sucessão, como a propriedade, constitui pura criação do direito positivo, que este pode conseqüentemente eliminar, logo que isso interesse às conveniências sociais. Para os segundos, a sucessão contraria princípios de justiça e de interesse social. Asseveram eles que a herança e a escravidão foram as duas grandes instituições introduzidas no mundo pela preguiça. Com efeito, a herança gera desigualdade entre os homens, acumulando riquezas nas mãos de alguns indivíduos apenas. Em segundo lugar, ela não se justifica, porque as forças econômicas devem convergir para os mais aptos e prova não há de que os herdeiros satisfaçam esse requisito. Em terceiro lugar, aduz-se ainda, não deve existir outra fonte de aquisição de bens que não o próprio trabalho. Por essas razões, concluem os adversários do direito sucessório, a fortuna das pessoas falecidas deve volver à coletividade, que lhe dará aplicação mais adequada e mais útil aos interesses sociais. (MONTEIRO, 1997, p.05)

Para Clovis Bevilacqua (1932, p.14), a eventual abolição da sucessão *causa mortis* é “um remédio violento, de efeitos mais funestos do que o mal que pretendem extirpar”. Tal autor defende que os direitos sucessórios consistem em fator de aumento da riqueza pública; um meio de distribuição da propriedade apropriado à sua conservação e ao bem estar dos indivíduos; em vínculo para a consolidação da família; e um estímulo para sentimentos altruísticos, quando se possibilita que alguém faça liberalidades através de testamento.

Em contrapartida, Carlos Maximiliano (1952, p.34) ensina que a proteção do Estado ao direito sucessório tem grande relevância para o interesse da coletividade, pois estimula o trabalho e a economia, bem como o aperfeiçoamento e o esforço útil. Acrescenta, por fim, que “se a sucessão não existisse, todo homem seria simples usufrutuário de seu patrimônio”. No mesmo sentido, Mario Figueiredo Barbosa (2009, p.09) aduz que, sem a sucessão *stricto*

sensu, “os bens adquiridos não chegariam a ter expressão de grande coisa, e o proprietário não passaria de mero usufrutuário”.

Silvio Venosa (2011, p.04) expõe que o Estado tem interesse em reconhecer a sucessão *causa mortis*, pois ao resguardá-lo está também protegendo a família e ordenando sua própria economia. Segundo o referido doutrinador, “se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não tenha interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço”.

De fato, bastante nociva é a ideia de alguém, ao morrer, deixar a totalidade do seu patrimônio para o Estado ou que seus bens se tornem vagos, em vez de poder transmiti-los a pessoas pelas quais tem afeto e proximidade. Afinal, este alguém perderia o gosto pela conservação dos bens: ao mesmo tempo em que diminuiria o estímulo pela acumulação, perder-se-iam as noções de cuidado e zelo. Nesse sentido, cita-se o magistério de Inocêncio Galvão Telles.

É de todos os tempos, pode dizer-se, a necessidade de, morto alguém, não deixar os seus bens ao abandono, sem um proprietário, entregues às lutas e cobiças dos homens, à mercê do primeiro que venha ocupá-los; a tranquilidade social, a paz pública exigem que se designe um sucessor para esses bens, e a ordem jurídica não pode demitir-se do encargo de dar satisfação a esta aspiração fundamental dos homens. Em suma, a continuidade da vida postula que as relações jurídicas de que era centro o falecido, pelo menos as de carácter patrimonial, se não quebrem, perpetuando a sua existência para lá da vida do sujeito. É este o fundamento primário do instituto sucessório. (TELLES, 1963, p.06)

O direito à herança é reconhecido e protegido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXX. O constituinte entendeu a sucessão *causa mortis* como “um poderoso fator de perpetuidade da família” (ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1936, p.47), além de essencial para a organização da propriedade (LACERDA DE ALMEIDA, 1915, p.13).

A inclusão do direito à herança no rol dos direitos fundamentais confere a ele características próprias dessa categoria, a exemplo da universalidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, entre outras, como ensina Dirley da Cunha Júnior (2011, p.622). Além disto, uma vez reconhecido, não pode ser suprimido ou abolido, pois, ainda conforme o referido professor baiano, “milita em seu favor a proibição do retrocesso”.

Desse modo, fica evidenciada a importância conferida pelo ordenamento jurídico à sucessão hereditária. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco

(2015, p.331), o caráter normativo do direito fundamental à herança confere ao legislador ampla liberdade na disciplina do instituto, como de resto no contexto do direito de propriedade em geral.

Cabe, por conseguinte, ao Direito das Sucessões regulamentá-los, estabelecendo normas sobre o momento da transmissão da herança, bem como relativas às pessoas que podem suceder e a proteção específica da qualidade de herdeiro, entre outras.

4.2 O MOMENTO DE ABERTURA DA SUCESSÃO

No exato instante em que alguém morre, diz-se que a sua sucessão foi aberta. Conforme leciona Itabaiana de Oliveira (1936, p.70), a abertura é o ponto de partida de todo o direito hereditário.

Para efeitos sucessórios, o falecido passa então a ser designado pela expressão latina *de cuius*, consistente na “abreviatura da frase *de cuius successione* (ou *hereditatis*) *agitur*, que significa ‘aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata’” (GONÇALVES, 2013, p.20).

A morte da pessoa física é, portanto, pressuposto dos direitos sucessórios; não existe herança de pessoa viva. Caio Mário da Silva Pereira (2006, p.17) destaca que “não se reconhece direito adquirido à herança, senão depois da morte”.

A morte do ser humano é um acontecimento sobre o qual incide uma norma jurídica, tendo potencial para produzir efeitos jurídicos – trata-se, portanto, de fato jurídico (AMARAL, 2008, p.379). Na medida em que na composição do seu suporte fático entra apenas o falecimento, que é um evento da natureza, independente de ato humano como dado essencial³⁵, está se falando de um fato jurídico *stricto sensu* (MELLO, 2011, p.165).

Por esse motivo, Pontes de Miranda (1968, p.08) leciona que a morte é fato jurídico a partir do qual a pessoa natural deixa de existir. É precisamente nesse momento que se opera, automaticamente, a abertura da sua sucessão.

³⁵ De acordo com Marcos Bernardes de Mello (2011, p.165), ainda que o evento óbito esteja ligado a um ato humano, mesmo que intencional, isso não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que “a circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático”. Segundo o referido autor, “a morte não deixa de ser evento da natureza se provocada por ato humano”, na medida em que “esse ato humano não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente”.

Carlos Maximiliano (1952, p.36) explica que “a morte fixa o momento em que cessa a capacidade jurídica de um indivíduo e começa a de outro em relação aos bens do primeiro”. Por esse motivo, é imperioso que se determine o momento do falecimento com o maior rigor possível, pois é justamente “quando o vivo é chamado a tomar o lugar do morto em suas relações jurídicas transmissíveis” (ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1936, p.71).

Segundo lição oferecida por Caio Mário da Silva Pereira (2006, p.17), o instante da ocorrência do falecimento deve ser demonstrado no plano biológico, com as técnicas disponíveis das quais se vale a Medicina Legal; e no plano jurídico, pela certidão de óbito, passada pelo oficial do Registro Civil.

Maria Helena Diniz (2013, p.39), por sua vez, sustenta que, até o exato instante do óbito, o *de cuius* era o titular das relações jurídicas; após a morte, os seus herdeiros assumem “a titularidade jurídica, havendo uma sub-rogação pessoal *pleno jure*, de maneira que os direitos não se alteram substancialmente, verificando-se apenas uma imediata mutação subjetiva”.

Estabelecida, finalmente, a compreensão de que a sucessão é aberta no instante do falecimento do *de cuius*, necessário se faz conhecer os principais efeitos jurídicos que irradiam de tal fato.

4.3 O PRINCÍPIO DA SAISINE

Conforme visto, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a abertura da sucessão ocorre no instante da morte da pessoa física. Neste exato momento, opera-se a transferência do acervo hereditário do *de cuius* para os seus herdeiros, ainda que estes ignorem o falecimento e sem necessidade de que pratiquem qualquer ato.

Tal regra é fruto de histórica evolução jurídica. De acordo com Silvio Rodrigues (2003, p.13), no direito romano “a transmissão da posse da herança, por força de lei, era desconhecida”; em tal sistema jurídico, “a posse só era adquirida pelo herdeiro através da apreensão da coisa”. Havia, pois, um verdadeiro lapso temporal durante o qual o patrimônio sucessório permanecia sem sujeito.

Permitia-se a solução de continuidade na propriedade dos bens do morto enquanto não houvesse a aceitação dos sucessores, o que tornava possível o perecimento do patrimônio,

notadamente com abusos, por pessoas estranhas à sucessão, na tomada de posse de heranças ainda não aceitas.

Conforme expõe José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.33), “toda a questão da transferência instantânea dos bens do falecido parte da suposição de que seria impossível a existência de direitos sem sujeito”.

Na Idade Média, surgiu no direito costumeiro francês a ficção de que, no momento de sua morte, o defunto havia transmitido a propriedade e a posse de seus bens aos seus herdeiros (GONÇALVES, 2013, p.38). De acordo com José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.33), havia a necessidade de se “evitar que os senhores feudais cobrassem dos herdeiros valores a título de lhes transferir a posse que antes pertencia a seus pais”. Para a compreensão do contexto histórico ora referido, cite-se o magistério de Clovis Bevilaqua.

Os senhores feudais eram considerados os verdadeiros donos de todas as terras submetidas à sua autoridade, e o domínio direto delas, mesmo depois de subenfeudadas, lhes era conservado. Pensava-se, portanto, que o vassalo entregava, ao morrer, as terras que possuía ao senhor de quem as recebera, e que a este deviam pedir os herdeiros a posse mediante uma contribuição. Para fugir a esse tributo odioso, imaginou-se que o vassalo falecido, no momento mesmo da morte, tinha imitado os seus herdeiros na posse de todos os seus bens. E, assim, uma ficção destruiu a outra. (BEVILAQUA, 1932, p.25)

Conforme leciona José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.33), “pela nova sistemática, os mortos eram substituídos pelos vivos, independentemente de novo ato de vontade do titular do domínio”. Expressava-se essa transferência imediata pelo brocardo *le mort saisit le vif*, que conferia a posse do acervo hereditário aos herdeiros independentemente de qualquer requerimento endereçado ao senhor feudal ou à Justiça. Consolidou-se, desse modo, o *droit de saisine*, também denominado princípio da *saisine*³⁶, eliminando o espaço temporal em que o patrimônio sucessível permanecia acéfalo.

Caio Mário da Silva Pereira (2006, p.20) destaca que a ideia do imediatismo na transmissão dos bens do morto a seus sucessores não se evidencia uma exclusividade do direito francês. Relata o referido autor que o instituto também tem origens germânicas, na medida em que uma fórmula de finalidade idêntica era enunciada em alemão: *Der Tote erbt*

³⁶ “*Saisine* quer dizer posse e *saisine hereditaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida têm o direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade” (BARBOSA, 2009, p.13).

*den Lebenden*³⁷. No mesmo sentido se manifestam Silvio de Salvo Venosa (2011, p.15) e Clovis Bevilacqua (1932, p.26).

Roberto de Ruggiero (1973, p.415) também corrobora a informação sobre a origem teutônica da *saisine*, afirmando que se trata de uma reprodução de uma das modalidades da *Gewere*. De acordo com José Carlos Moreira Alves (1967, p.197), este último instituto se tratou do conceito nuclear do medieval direito das coisas alemão, consistindo na presunção de existência de um direito real, que por ela é exteriorizado (ALVES, J., 1967, p.208).

A *ideelle Gewere* é aquela que existe independentemente de apreensão material imediata sobre a coisa (ALVES, J., 1967, p.210). Para José Carlos Moreira Alves (1967, p.211), uma das hipóteses em que ela ocorre é justamente quando o “herdeiro, ainda que não tenha senhoria de fato sobre a herança, se torna, no momento da morte do *de cuius*, titular da *ideelle Gewere* sobre ela”.

É em razão das mencionadas origens germânicas do instituto que Roberto de Ruggiero (1973, p.415) defende que à *saisine* “não corresponde uma relação de fato com a coisa: é um direito a possuir, uma faculdade de entrar na sua posse, que pertence pois a quem ainda não tem a disponibilidade física da coisa”. Disso decorre que o herdeiro, ainda que não tenha a posse de fato, pode exercer as ações possessórias para tutelar os seus direitos hereditários.

Trata-se de princípio que interessa à ordem pública, sendo vedado ao sucedendo modificar ou excluir os efeitos da *saisine* (JOSSERAND, 1951, p.14).

Para Silvio de Salvo Venosa (2011, p.16), o sistema da *saisine* chega aos tempos atuais, “de sua origem germânica, pelo Direito francês, que adota o princípio no art. 724 do Código de Napoleão”.

No ordenamento jurídico luso-brasileiro prevalecia a sistemática romana. Pontes de Miranda (1968, p.16) ensina que a transmissão automática dos direitos do falecido a seus sucessores foi introduzida em Portugal e no Brasil apenas pelo Alvará de 09 de novembro de 1754, seguido do Assento de 16 de fevereiro de 1786. De acordo com Silvio Rodrigues (2003, p.15), posteriormente o *droit de saisine* foi “consolidado por Teixeira de Freitas no art. 978 de sua Consolidação das leis civis”.

³⁷ A respeito da expressão germânica, Pablo Stolze Gagliano (2012) chama a atenção para o fato de que, se convertida para o português, não faz sentido algum. Após relatar contatos com diversos juristas versados na língua alemã, o mencionado autor afirma que deve haver uma explicação histórica para a frase, porém alerta seus leitores para que evitem a repetição acrítica de fórmulas estrangeiras.

Seguindo essa linha, o Código Civil de 1916 previu a transmissão *ipso jure* do domínio e da posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Clovis Bevilacqua (1947, p.07) ressalta o uso inapropriado de “domínio” por este diploma normativo, considerando que este vocábulo tem uma significação mais restrita do que aquela que a *saisine* realmente alcança.

Em verdade, Pontes de Miranda (1968, p.17) sustenta que melhor teria agido o legislador de 1916 se tivesse escrito que “morto o decujo, qualquer titularidade de direito transmissível a causa de morte e a posse transmitem-se aos herdeiros”. Afinal, pela *saisine*³⁸, transferem-se aos herdeiros todos os direitos, obrigações, ações e pretensões dos quais o *de cuius* era titular – excetuando-se, por óbvio, os seus direitos e obrigações intrasmissíveis.

Atentando-se para a ampla abrangência dos efeitos da *saisine*, o Código Civil de 2002 consagrou este princípio em seu artigo 1.784, segundo o qual “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”³⁹. Do mencionado princípio sucessório decorre, ainda, que a lei regente de toda a sucessão será aquela vigente no momento em que esta for aberta.

Entende-se que, operando-se a transmissão automática da herança aos herdeiros desde o momento da morte, estes, quando a recebem, se tornam titulares de direitos sucessórios adquiridos.

O conceito de adquirido está positivado no artigo 6º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação incluída pela Lei 3.238/1957. O mencionado dispositivo estabelece que se consideram “adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (*sic*).

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2010, p.216) ensina que, havendo lei que contém normas de competência nas quais há os pressupostos para alguém ser titular de direitos subjetivos, diz-se que se adquire o direito no momento em que tais condições são preenchidas, ou seja, quando o seu titular estiver apto a exercê-lo.

Partindo-se de tais premissas, chega-se à conclusão de que, aberta a sucessão, os chamados a esta adquiriram o direito à herança (HIRONAKA, 2007, p.07). O professor

³⁸ Expressão da preferência de Pontes de Miranda.

³⁹ Destaque-se que, no regime adotado pelo Código Civil de 2002, o princípio da *saisine* aplica-se exclusivamente aos herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários. Aos legatários, que são sucessores a título singular, compete regramento diferente, que varia com a espécie de bem legado.

Orlando Gomes (1997, p.19) sustenta, em tal sentido, que “o herdeiro ingressa *definitivamente* na posição jurídico-econômica do *de cujus*”. Na mesma linha, Pontes de Miranda (1968, p.09) adverte que se impõe o reconhecimento de aquisição do direito.

Tendo adquirido o direito à herança, a situação dos herdeiros não pode ser “afetada ou comprometida por fato novo ou por lei nova”, conforme leciona Washington de Barros Monteiro (2003, p.18). Afinal, “o princípio do direito adquirido protege a situação de titular já adquirida” (FERRAZ JUNIOR, 2010, p.216).

A grande importância de se reconhecer a aquisição do direito à sucessão é garantir a segurança jurídica dos adquirentes. Segurança jurídica é essencial para o interesse da coletividade, pois, como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p.217), possibilita a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social, na medida em que aquilo “que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos”.

O ordenamento jurídico brasileiro valoriza consideravelmente a ideia de segurança jurídica, a ponto de o constituinte, na elaboração da Constituição Federal de 1988, ter previsto como direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXVI) que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, cujas definições igualmente se encontram positivadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ante o exposto, mostra-se imprescindível compreender quem serão as pessoas chamadas à sucessão, pois serão os adquirentes dos direitos hereditários.

4.4 A CAPACIDADE PARA SUCEDER

Conforme amplamente sustentado, a herança é transmitida *ipso jure* aos herdeiros desde o momento em que se abre a sucessão, em decorrência do princípio da *saisine*.

Não é qualquer um, entretanto, que pode invocar para si o título de herdeiro. Contrário fosse, dissolver-se-ia o patrimônio do falecido nas mãos de diversas pessoas que invocariam para si a legitimidade para ocupar o lugar que aquele deixou em suas relações jurídicas. A lei estabelece, então, pressupostos para que determinada pessoa possa ser chamada à sucessão; trata-se da capacidade sucessória.

Em sentido técnico-jurídico, de modo genérico, capacidade é a “aptidão que tem a pessoa, por si mesma, de exercer os atos da vida civil fazendo valer os direitos que lhe são atribuídos pela ordem jurídica” (DAIBERT, 1974, p.31).

Capacidade sucessória - ou, no termo adotado por Pontes de Miranda (1968, p.09), “sucessibilidade” -, por sua vez, é a “legitimação para invocar a titularidade da herança” (GONÇALVES, C., 2013, p.68), não se confundindo com a capacidade civil genérica.

As regras de capacidade para suceder são aquelas existentes no momento do óbito, na medida em que é a lei deste instante que rege toda a sucessão. Tal afirmação decorre tanto da aplicação do princípio da *saisine* quanto pelo reconhecimento dos sucessores como titulares de direitos adquiridos, nos termos defendidos nos tópicos anteriores.

Assim, como já sustentava Clovis Bevilacqua (1947, p.19), “a capacidade para suceder, ou possibilidade de adquirir a herança, deve existir no momento em que a sucessão se abre”. Este é o “princípio da contemporaneidade da morte com os pressupostos da sucessibilidade”, exposto por Pontes de Miranda (1968, p.11).

É necessário perquirir, portanto, “se ao tempo da abertura da sucessão, pela lei então vigente, o pretendente à herança era pessoa legítima, ou seja, se tinha qualquer liame ou vínculo jurídico do qual resultasse o seu direito ao quinhão pretendido” (DAIBERT, 1974, p.32).

Caio Mário da Silva Pereira (2006, p.30) leciona que os mencionados pressupostos da capacidade sucessória vindicam que o sucessor atenda a “duas circunstâncias: a existência para fins de sucessão e a sua convocação para receber por causa de morte”. Faz-se necessário destrinchar cada um desses quesitos.

4.4.1 Existência para fins de sucessão

Conforme referido, a primeira das circunstâncias essenciais para a verificação da sucessibilidade é a existência para fins de sucessão. No direito brasileiro, a atual regra geral de capacidade sucessória, tanto a legítima quanto a testamentária, está prevista no artigo 1.798 Código Civil de 2002, segundo o qual são legitimadas a suceder as pessoas já nascidas ou pelo menos já concebidas no momento da abertura da sucessão.

O patrimônio hereditário não se transmite no vazio. Por essa razão, o ordenamento jurídico determina ser necessário que, ao menos como nascituro, o sucessor exista no momento da abertura da sucessão. Nas lições de Silvio Rodrigues (2003, p.37), aqui se está tratando do chamado “princípio da coexistência”, também denominado princípio da contemporaneidade entre o sucessor e o sucedido.

Desta forma, de modo geral, é necessário que sucedido e sucessor tenham coexistido, e que este sobreviva àquele por pelo menos um instante. Por conseguinte, aquele que morreu antes da abertura da sucessão por esta não será beneficiado, pois já não mais existia no instante em que se fez necessário verificar a sucessibilidade.

De acordo com as lições de Carlos Maximiliano (1952, p.130), a exigência legal da coexistência se satisfaz se, ao morrer o *de cujus*, o seu sucessor existir pelo menos como embrião, desde que, nesta circunstância, venha ao mundo com vida.

O legislador se preocupou em reconhecer expressamente a capacidade sucessória das pessoas já concebidas, porém ainda não nascidas, chamadas assim de nascituros. A sucessibilidade na presente hipótese decorre, também, da regra geral da legislação civil que põe a salvo os seus direitos a partir da concepção, porém condicionados ao seu nascimento com vida. Como ensina Silvio Rodrigues (2003, p.40), “ocorrendo esse nascimento, os direitos se concretizam e são efetivamente adquiridos”.

Justificando a equiparação dos direitos do nascituro ao de pessoa já nascida, Louis Jossierand (1951, p.14) cita o brocardo latino *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Sustenta, no mesmo sentido, que o ordenamento jurídico afasta as discussões sobre já haver ou não concepção no momento da morte, estabelecendo as presunções de filiação na constância do casamento.

Em uma análise apressada, concluir-se-ia que não pode ser herdeira nem legatária aquela pessoa que não está sequer concebida no momento da abertura da sucessão, uma vez que tal hipótese não está compreendida nos limites do princípio da contemporaneidade entre o sucessor e o sucedido. Acontece que o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 1.799, inciso I, abre exceção à exigência da coexistência.

Com efeito, de acordo com a mencionada norma, as pessoas ainda não concebidas (concepturos) poderão ser capazes de suceder, desde que o *de cujus* tenha deixado testamento contemplando a prole eventual de alguém que esteja vivo no momento da abertura da sua

sucessão. Esta situação não é a do nascituro, mas de alguém que ainda não foi gerado, e apenas o será em momento posterior ao óbito do autor da herança.

A disposição testamentária em favor da prole eventual está condicionada a um acontecimento futuro e incerto, consistente no nascimento com vida da prole de pessoa indicada pelo testador, se esta ainda estiver viva no momento da abertura da sucessão. Essa hipótese excepcional de capacidade de suceder do concepturo já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro na vigência do Código Civil de 1916 e foi aperfeiçoada com a edição do Código de 2002.

O diploma civil de 1916 não especificava qualquer prazo, contado a partir da abertura da sucessão, dentro do qual o herdeiro ou legatário eventual deveria ser concebido ou mesmo nascer. Tal situação ensejava insegurança jurídica, em decorrência da perpetuação da incerteza sobre o surgimento do sucessor. Além disso, não estabelecia quem seria o titular do domínio e da posse do quinhão hereditário até o nascimento da pessoa aguardada.

O Código Civil de 2002, suprimindo a omissão do regramento anterior, vem em seu artigo 1.800 determinar que os bens da herança sejam confiados a um curador nomeado pelo juiz enquanto não surgir o sucessor eventual. No mesmo dispositivo, o legislador estabeleceu um prazo de dois anos, contado da morte do *de cuius*, para que o herdeiro ou legatário esperado seja concebido. Se não houver a concepção neste ínterim, salvo disposição em contrário do testador, o patrimônio deixado à prole eventual caberá aos herdeiros legítimos.

Em virtude da liberdade de testar, que dá a natureza supletiva à maioria das normas reguladoras das disposições testamentárias, Caio Mário da Silva Pereira (2006, p.32) sustenta que o testador poderá ampliar ou reduzir o mencionado prazo de espera, bem como alterar a destinação dos bens na hipótese de, dentro dele, não vingar a prole eventual.

Verifica-se, ante o exposto, que a existência no momento da abertura da sucessão é, *a priori*, um pressuposto de capacidade sucessória. A lei, entretanto, flexibiliza o “princípio da coexistência”, autorizando expressamente que aquela pessoa que sequer está concebida no momento do falecimento do *de cuius* – chamado de *nondum conceptus* - seja chamado à sucessão pela via testamentária.

4.4.2 Vocação hereditária. A igualdade do direito sucessório dos descendentes

Não basta simplesmente que a pessoa exista para que tenha a qualidade de sucessor. É imprescindível que ocorra o chamamento à sucessão, ou seja, que ela seja vocacionada a suceder. Como ensina Louis Josserand (1951, p.25), a vocação hereditária trata de questão central e primordial, porque quando alguém não é chamado à sucessão, não há interesse em verificar a sua existência no momento do óbito do *de cuius*.

Para que uma pessoa suceda nas relações jurídicas de outra, é preciso que se tenha “o título jurídico para fazer jus à sucessão” (DINIZ, 2013, p.59). Este título, conforme ensina Lacerda de Almeida (1915, p.58), será testamentário (através de testamento, a vontade do defunto solenemente manifestada) ou legítimo (constituído por força de lei, suprimindo ou mesmo restringindo o querer do falecido). No direito brasileiro, nada impede que concorram as sucessões operadas em decorrência da lei e das disposições testamentárias.

Se o testamento for o título de vocação à sucessão, compete ao testador determinar quem será sucessor e o quanto (ou o que) receberá. Poderá, inclusive, excepcionar a regra geral da coexistência do sucedido e do sucessor, conforme sustentado no tópico anterior.

A liberdade de elaborar testamento, entretanto, está limitada pela lei: o testador deve respeitar as formalidades necessárias à elaboração do mencionado negócio jurídico. Além disso, não poderá dispor da totalidade de seu patrimônio se houver certos herdeiros, denominados necessários, aos quais é atribuída e reservada uma parte fixa e determinada da herança, tema em que a presente investigação aprofundar-se-á na sequência.

Por outro lado, se a lei for o título de vocação hereditária (por não haver testamento ou por nele não serem englobados todos os bens do acervo deixado pelo *de cuius*), as pessoas designadas pelo legislador adquirem a herança, em ordem determinada a partir da vontade presumida do falecido.

Dessa forma, na sucessão legítima é estabelecida uma relação de chamamento dos sucessores, denominada ordem de vocação hereditária, na qual os sucessíveis são distribuídos em classes, das quais umas preferem às outras na adição da herança, a depender de sua proximidade com o morto (ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1918, p.95). São fixados graus no interior de cada classe, também segundo a regra de as pessoas indicadas serem mais ou menos próximas do falecido.

Luiz da Cunha Gonçalves (1962, p.425) expõe que o fundamento do chamamento legal de algumas pessoas em detrimento de outras, mais distantes, é o presumido querer do autor da herança. O mencionado doutrinador afirma que o legislador interpreta a vontade do

falecido, “estabelecendo a sucessão pela ordem da provável intensidade das afeições daquele, isto é, presumindo que o *de cujus*, se fosse a tal respeito consultado, graduaria os seus sucessores pela mesma ordem”.

De modo geral, os herdeiros de classe e de grau mais próximos do *de cujus* excluem da sucessão aqueles que se encontram em posição mais remota. Há exceções a esta regra, como o regime de concorrência do cônjuge ou do companheiro sobrevivente com alguns parentes sucessíveis, bem como a autorização para que determinadas pessoas mais distantes representem outras mais próximas, no caso de estas estarem impossibilitadas física ou juridicamente de suceder.

Na atual ordem de vocação hereditária estabelecida no direito brasileiro, figura em primeiro lugar a classe dos descendentes, com os quais podem concorrer o cônjuge ou o companheiro sobrevivente em determinadas situações. Na sequência, são chamados à sucessão os ascendentes, também sujeitos ao mencionado regime de concorrência.

Em terceiro lugar, na ausência de descendentes e ascendentes do *de cujus*, a lei defere o acervo hereditário como um todo ao cônjuge sobrevivente. Não havendo qualquer herdeiro até esta classe, serão chamados à sucessão os colaterais até o quarto grau, com quem poderá concorrer o companheiro sobrevivente. Apenas na inexistência de qualquer parente sucessível, o companheiro é chamado a recolher a totalidade da herança.

Para Luiz da Cunha Gonçalves (1962, p.427), “ao estabelecer a ordem legal dos sucessores, o legislador inspirou-se, sem dúvida, na ordem natural das afeições familiares; pois é bem sabido que o amor primeiro desce, depois sobe e em seguida dilata-se”. No mesmo sentido, José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.203) assevera que é justificável “a opção do legislador, pois aquele que põe alguém no mundo é obrigado a velar por seu futuro”, portanto “é justo que os filhos sejam herdeiros, inclusive forçados, dos pais”.

Pelo exposto, se o defunto deixou descendentes, são estes que sucedem, ou pelo menos os que, entre eles, ocupam o grau mais próximo ao falecido (JOSSERAND, 1951, p.39). É a classe priorizada pelo legislador, no sentido de que havendo um único descendente, será afastado da sucessão qualquer outro integrante de qualquer outra classe, ressalvada a hipótese de concorrência do cônjuge ou do companheiro sobrevivente.

Para o presente trabalho, é imprescindível compreender a evolução legislativa brasileira que resultou no atual sistema de igualdade absoluta dos direitos dos descendentes, inclusive os de natureza sucessória.

O atual ordenamento jurídico brasileiro concede a todos os descendentes a igualdade de direitos, inclusive dos sucessórios. Esta, todavia, nem sempre foi a orientação legislativa.

O Código Civil de 1916 instituía distinção entre a filiação legítima e a ilegítima, classificando os filhos e ensejando consequências nos direitos que lhes competiam, de acordo com a sua qualificação.

Tratando da matéria, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.319) ensina que, antes, havia os filhos legítimos, que eram aqueles procedidos de justas núpcias dos genitores; e os ilegítimos, quando não havia casamento entre os pais. Dentro desta última classificação, havia os naturais – nascidos quando não existia impedimento legal para o casamento entre os genitores - e os espúrios – quando a lei proibia a união conjugal dos seus pais. Os filhos espúrios, por sua vez, podiam ser incestuosos (decorriam de procriação entre parentes próximos) ou adulterinos (se um dos pais ou ambos fossem casados com outrem). Nesse regramento, os filhos naturais se tornavam legitimados se os genitores contraíssem núpcias, como um dos efeitos do casamento. Havia, ainda, distinção em relação aos filhos adotados.

De acordo, ainda, com as lições de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.165), no regime original do Código de 1916, apenas herdavam em igualdade de condições os filhos legítimos, os legitimados e os naturais reconhecidos antes do casamento. Por outro lado, a prole adotiva só tinha direitos sucessórios se o casal adotante não tivesse outros filhos.

O filho natural reconhecido após o casamento receberia apenas metade do que receberia seu irmão legítimo ou legitimado. Como não podiam ser reconhecidos, os filhos adulterinos e incestuosos eram impossibilitados de ser chamados à sucessão.

Com o passar do tempo, o Direito de Família sofreu lentas e profundas alterações, tendendo cada vez mais à realização do bem estar dos indivíduos e à preservação do melhor interesse das crianças (CABRAL, 1980, p.12).

Em 1949, com a edição da Lei n.883, foi permitido o reconhecimento do filho adulterino após a dissolução da sociedade conjugal do genitor adúltero, sendo concedido àquele o direito de receber metade do quinhão atribuído a cada um dos seus irmãos legítimos ou legitimados.

Em 1977, foi editada a Lei n.6515, conhecida como a Lei do Divórcio, determinando que a herança fosse concedida em igualdade de condições, fossem os filhos legítimos, legitimados ou ilegítimos reconhecidos na forma da mencionada Lei 883/1949.

A promulgação da Constituição de 1988 consagrou a ideia de igualdade entre os filhos, inclusive em matéria sucessória. O artigo 227, §6º do texto constitucional⁴⁰ concedeu a toda a prole os mesmos direitos e qualificações, bem como proibiu qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

Alguns anos antes da consagração constitucional da isonomia da filiação, Pedro Manso Cabral escreveu sobre o tema, o qual se impõe a transcrição.

Será por certo estranho, daqui a meio século, quando os pesquisadores estudarem a história do nosso direito e dos nossos costumes, será sem dúvida estranho e surpreendente para eles, o exame das dificuldades e óbices surgidos por intermédio de dogmas religiosos anacrônicos, defesas hipócritas da manutenção da integração da família, racionalizações jurídicas de má fé evidente e que em nossos dias impedem a efetiva e completa consagração de um princípio tão justo e evidente, que em si mesmo dispensa maiores necessidades de argumentação justificativa. (CABRAL, 1980, p.12)

Em obediência ao texto constitucional, foram editados o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴¹ e o Código Civil de 2002⁴², ambos consagrando a ideia de isonomia e a absoluta igualdade entre os filhos, qualquer que seja a origem de cada um deles.

Entre as diversas consequências dessa evolução legislativa, hodiernamente os descendentes de mesmo grau herdam em igualdade de condições, todos chamados de forma isonômica à sucessão e, do mesmo modo, recebendo o mesmo quinhão, em se tratando da vocação legítima.

Desta forma, pelo sistema jurídico brasileiro atual, não é admissível que um filho seja chamado à sucessão e outro se veja preterido ou tratado desigualmente.

Além disso, a indevida preterição de qualquer descendente do chamamento à sucessão também contraria o ordenamento jurídico, porque se trata de herdeiro necessário, sucessor a quem pertence de pleno direito uma parte da herança e que desta porção não pode ser privado, salvo as excepcionais hipóteses de deserdação e indignidade. É o que se passa a explicar a seguir.

⁴⁰ Art.227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴¹ 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.

⁴² Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

4.5 OS HERDEIROS NECESSÁRIOS

O ordenamento jurídico brasileiro protege de maneira específica algumas classes de sucessores. Se houver ao menos um desses herdeiros, que recebem o nome de necessários, não é permitido que o testador disponha da totalidade do seu patrimônio, na medida em que a lei lhes reserva uma parcela do acervo hereditário deixado pelo falecido.

Conforme a lição de Pontes de Miranda (1968, p.205), herdeiros necessários são aqueles “a que se havia de transmitir a herança, ou a *portio*, ainda que o fosse contra a vontade do hereditando.” O mencionado autor segue aduzindo que, neste caso, “quer o houvesse querido, quer não, o decujo, há a vocação à herança”. São, por conseguinte, sucessores obrigatórios, chamados a recolher a herança ainda que o *de cuius* pretendesse privá-los dela.

O legislador limitou a liberdade de dispor como forma de proteger a família do autor das liberalidades. De acordo com Louis Josseland (1951, p.266), não convém delegar ao arbítrio do falecido a situação de deixar no desamparo alguém que lhe é próximo; em decorrência da solidariedade familiar, deve-se transmitir a essas pessoas mais próximas ao menos uma parcela mínima do patrimônio.

A mencionada parcela mínima recebe o nome de legítima ou reserva legal. No regramento estabelecido pelo Código Civil de 2002, os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, respeitando sempre a ordem de vocação hereditária, segundo a qual a classe e o grau mais próximos excluem os mais remotos, ressalvadas as hipóteses de concorrência e representação. Se houver pelo menos um destes sucessores obrigatórios, ao testador apenas será possível dispor de metade dos seus bens.

Há ampla divergência sobre o fundamento jurídico da proteção legalmente conferida aos direitos dos herdeiros necessários. Louis Josseland, conforme acima exposto, defende que se trata de consequência da solidariedade familiar. Diversas, porém, são as opiniões consagradas pela doutrina.

De acordo com Pontes de Miranda (1968, p.215), alguns juristas sustentam que a reserva legal é decorrência da compropriedade familiar; outros argumentam que a legítima é continuação da dívida alimentar; ademais, há forte corrente que defende ser a quota dos herdeiros necessários expressão da vontade presumida do falecido. O referido autor conclui

lecionando que a proteção à legítima exerce a função de mediadora entre a liberdade do proprietário dos bens e os direitos e interesses da família.

Para Arnaldo Rizzardo (2011, p.139), o Estado tem interesse em que parte do patrimônio do falecido seja transmitida a seus parentes, pois dessa forma se alcança certa garantia econômica para o futuro daquele grupo familiar. O referido autor (2011, p.199) também sustenta que a reserva da legítima está relacionada com um dos fundamentos da sucessão *causa mortis*, que consiste em prestar um auxílio ou proteger economicamente os membros da família do morto.

Ana Luiza Maia Nevares (2008, p.627) expõe que as regras que consagram a sucessão necessária configuram uma das modalidades de concretização do dever de solidariedade entre os membros da família, “uma vez que estas estabelecem uma possibilidade de distribuição de valores materiais entre os familiares e, dessa forma, um mecanismo em potencial de libertação das necessidades, como meio de concretização de uma vida digna”.

De maneira geral, pode-se afirmar que a existência de uma quota da herança reservada aos herdeiros necessários respeita o dever moral de amparo às pessoas próximas e o interesse social de evitar que eventuais desamparados financeiramente tornem-se ônus para o Estado.

O herdeiro necessário só poderá ser privado da legítima nas hipóteses de exclusão por indignidade ou de deserção. Resumidamente, estas resultam da prática de atos reprováveis contra o *de cuius* ou contra pessoas próximas a ele. Ambas tratam, todavia, de situações excepcionais, gravíssimas, nas quais a lei buscou reafirmar a importância conferida aos laços de proximidade consagrados pelos direitos sucessórios.

Para o presente trabalho, revela-se imprescindível a compreensão dos direitos dos herdeiros necessários. Afinal, o legislador se preocupou em protegê-los especificamente, impedindo que mesmo que a vontade expressa do autor da herança os privasse de receber uma quota específica do patrimônio hereditário.

Conclui-se, finalmente, que o ordenamento jurídico brasileiro considerável importância aos vínculos existentes entre o falecido e seus parentes próximos – em especial os descendentes, que são os primeiros da ordem de vocação hereditária. Por esse motivo, o intérprete sempre deve ter em mente que a reserva da legítima é um princípio norteador do Direito das Sucessões.

5 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS FILHOS CONCEBIDOS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A realização da inseminação póstuma acarreta consequências jurídicas. O legislador brasileiro não se preocupou em tratar da maioria delas, tendo se restringido a presumir a paternidade do marido falecido em relação à criança concebida a partir desta técnica, desde que adotada a modalidade homóloga. Por essa razão, diversas questões permanecem em aberto, inclusive o período durante o qual o procedimento poderá ser utilizado, as pessoas que poderão ter acesso a ele, bem como os efeitos sucessórios para a prole concebida de tal maneira. É justamente este último problema que se busca enfrentar no presente trabalho.

O debate sobre a atribuição de direitos sucessórios às pessoas concebidas por reprodução *post mortem* parte do enfrentamento de algumas premissas que já foram expostas até o momento. Faz-se necessário, neste ponto, delinear o problema, para então se passar ao seu enfrentamento.

Em primeiro lugar, tem-se que a regra geral estabelecida por lei exige que o herdeiro esteja vivo ou pelo menos concebido no momento da abertura da sucessão. Em decorrência desse requisito para a vocação hereditária, *a priori* poderia se concluir que a prole concebida após a morte do genitor não poderia ser chamada à sucessão deste, na medida em que não existe para fins sucessórios no instante do falecimento. Não obstante, sabe-se que o “princípio da coexistência entre sucessor e sucedido”, já abordado na seção 4.4.1, não é absoluto, na medida em que o próprio Código Civil de 2002 permite que seja excepcionado através da elaboração de testamento pelo *de cuius*.

Por outro lado, como já demonstrado na seção 4.3, em virtude do *droit de saisine*, a pessoa vocacionada a uma sucessão se torna, no momento em que esta é aberta, titular do direito sucessório adquirido.

Poder-se-ia argumentar, neste sentido, que a atribuição de capacidade sucessória aos concebidos *post mortem* viola a estabilidade das relações sociais, pois tumultua a situação jurídica dos sucessores que foram investidos com tal título no momento da abertura da sucessão. Neste sentido, se os inicialmente convocados à sucessão forem descendentes do falecido, as suas quotas hereditárias inevitavelmente diminuirão com a atribuição de direito sucessório a um novo filho surgido postumamente. De maneira ainda mais grave, se o sucessor chamado à sucessão for de classe mais distante, o respeito à ordem de vocação

hereditária fará com que ele perca inteiramente o seu quinhão em detrimento do rebento concebido *post mortem*, na medida em que este guarda a qualidade de herdeiro mais próximo do *de cuius* do que aquele.

Assim, *a priori*, por respeito à segurança jurídica, aquele que se investe no *status* de sucessor em momento no qual ainda não fora realizada a reprodução assistida póstuma não poderia, teoricamente, ver a sua posição jurídica alterada em consequência do surgimento de prole decorrente da mencionada técnica científica.

Por outra dimensão, deve-se ponderar que a Constituição Federal consagra como fundamental o direito à herança. Neste sentido, deve-se levar em consideração que o legislador, ao disciplinar o âmbito de proteção do mencionado direito, estabeleceu uma relação preferencial de chamamento à sucessão, a qual dispõe que o filho está em primeiro e primaz lugar na ordem de vocação hereditária. Portanto, não é admissível preterir da sucessão um descendente em detrimento de algum sucessor de classe ou grau mais remoto.

Conforme similar raciocínio, ainda que o vocacionado à sucessão no instante do falecimento também seja descendente do *de cuius*, o tratamento dado a este e ao concebido postumamente deve ser isonômico, em decorrência do já discutido mandamento constitucional de plena igualdade entre os filhos, consubstanciado no art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988, reiterado pelo artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo artigo 1.596 do Código Civil de 2002.

Além do mais, é necessário considerar que o conjunto normativo brasileiro prioriza, de forma absoluta, o melhor interesse da criança e do adolescente. De idêntica forma, o princípio da paternidade responsável é elemento norteador do planejamento familiar e, por conseguinte, da reprodução assistida. Em vista disso, o intérprete do Direito deve nortear as suas reflexões de modo a possibilitar que os filhos – inclusive os gerados a partir da concepção *post mortem* - desfrutem do maior número de benefícios possíveis, manifestamente em relação às condições de assistência moral e material.

De acordo com as aludidas assertivas, pode-se inferir que é inarredável o reconhecimento dos direitos sucessórios das pessoas concebidas a partir de inseminação póstuma, como corolário de princípios e garantias estabelecidos em nível constitucional e infraconstitucional.

Ante o exposto, está delimitado o problema da presente investigação: de que forma é possível conciliar, de um lado, os direitos fundamentais à herança e à isonomia entre os filhos,

e o princípio do respeito à ordem de vocação hereditária; com, do outro lado, o respeito ao princípio da coexistência do sucessor com o sucedido e à aquisição de direitos sucessórios pelas pessoas chamadas à sucessão antes da concepção póstuma.

A lei brasileira não disponibiliza de forma expressa uma elucidação para o problema acima descrito. Conforme aduz José Luiz Gavião de Almeida (2003, p.26), o Código Civil de 1916 não regulava o direito à sucessão legítima do concepturo em decorrência da impossibilidade concreta, à época da edição da mencionada norma, dessa categoria de herdeiro vir a existir. O referido autor critica o Código Civil de 2002, na medida em que o legislador já estava ciente dessa viabilidade científica, todavia se manteve silente sobre ela, o que importa grande celeuma sobre a matéria.

Do mesmo modo, ainda não se formou entendimento jurisprudencial que resolva o referido enfrentamento de princípios e direitos. Por sua vez, a doutrina oferece variadas soluções e interpretações, muitas em sentidos completamente opostos e que até se contradizem.

A presente pesquisa pretende analisar os argumentos levantados pelas diversas correntes doutrinárias, de modo a buscar os aspectos interessantes de cada raciocínio, além dos pontos em que eles deixam perguntas sem respostas ou com estas oferecidas de forma insuficiente. Ambiciona-se, assim, à vista do ordenamento jurídico pátrio, chegar à conclusão mais adequada.

5.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EXISTÊNCIA DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA LEGÍTIMA

Nesta investigação, a primeira linha de pensamento exposta é aquela que defende a inexistência de direito sucessório da pessoa concebida por inseminação *post mortem* em relação ao seu genitor morto.

De modo geral, a referida corrente doutrinária entende que o Código Civil de 2002 não ampara a capacidade sucessória do filho concebido após a morte, desconsiderando-o como herdeiro, ainda que reconheça a paternidade do falecido doador de material genético. Conforme expõe Ana Maria Maciel Bittencourt Passos (2009, p.78), “será reconhecido como filho, todavia, não será herdeiro legítimo”. A obra de Caio Mário da Silva Pereira, atualizada

por Tânia da Silva Pereira (2007), comunga de similar entendimento, da mesma forma que Maria Helena Machado (2009) e Olga Jubert Gouveia Krell (2005, p.185).

Há dois argumentos principais que fundamentam o segmento doutrinário ora exposto. O primeiro deles é que a prole postumíssima não existe no momento da abertura da sucessão do genitor que teve o material genético criopreservado. Ademais, sustenta-se que a sua vocação hereditária viola a segurança jurídica dos demais sucessores, o que não seria permitido pelo ordenamento jurídico pátrio. Faz-se necessário destrinchar ambas as alegações.

5.1.1 A falta de capacidade sucessória do herdeiro legítimo inexistente no momento da abertura da sucessão

A referida teoria encontra fundamento na aplicação da regra que determina, a princípio, que apenas as pessoas vivas ou já concebidas no instante do óbito do autor da herança são vocacionadas à sua sucessão. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2007, p.503) sustenta que o filho “póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu ‘pai’ genético e por isso é afastado da sucessão legítima”.

Conforme semelhante linha de argumentação, Flavio Murilo Tartuce Silva e José Fernando Simão (2013, p. 26) aduzem que “para a sucessão legítima, a regra de que a pessoa deva existir não comporta exceções, diferentemente do que ocorre na sucessão testamentária, em que podem ser chamadas a suceder pessoas não concebidas”. Por sua vez, Silvio Venosa (2007, p.219) é enfático ao afirmar que os filhos gerados por inseminação póstuma jamais serão herdeiros legítimos.

José Roberto Moreira Filho compartilha do mesmo entendimento:

Quanto à inseminação *post mortem*, ou seja, a que se faz quando o sêmen ou o óvulo do *de cuius* é fertilizado após a sua morte, o direito sucessório fica vedado ao futuro nascituro, por ter sido a concepção efetivada após a morte do *de cuius*, não havendo, portanto, que se falar em direitos sucessórios ao ser nascido, tendo em vista que pela atual legislação somente são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (MOREIRA FILHO, 2012)

É imprescindível, porém, questionar alguns pontos do raciocínio desta corrente doutrinária. Em primeiro lugar, deve-se levar em consideração que o preceito de existência do sucessor no momento do falecimento do *de cuius* não é absoluto.

Por um lado, própria lei admite exceções ao princípio da coexistência entre sucessor e sucedido; como já exposto, o ordenamento jurídico brasileiro permite que a prole eventual de pessoa viva seja chamada à sucessão pela via testamentária⁴³. Por outro lado, é necessário que se tenha em mente os requisitos de vocação sucessória são estabelecidos por normas infraconstitucionais, que não poderiam prevalecer se, no caso concreto, sua aplicação resultar em desrespeito a mandamentos da Constituição Federal de 1988.

A preterição de descendente da sucessão de seu genitor, ainda que concebido após a morte deste, configura uma violação à ordem de vocação hereditária, que está diretamente relacionada ao âmbito de proteção do direito fundamental à herança, constitucionalmente garantido. Além disso, deve-se considerar a hipótese de um filho não ser chamado à sucessão do pai, enquanto outro descendente foi investido na posição jurídica de sucessor. Essa situação caracteriza potencial ofensa ao tratamento isonômico conferido aos filhos nos termos previstos pela Constituição Federal de 1988, assim como no Estatuto da Criança e no Adolescente e do atual Código Civil.

Em relação às supostas ofensas à ordem de vocação hereditária e ao direito à herança, Mário Luiz Delgado (2004, p.45) argumenta que não há qualquer violação, na medida em que o fato de alguém estar na condição de filho não o torna absolutamente legítimo e inafastável da sucessão do pai, pois a lei prevê o instituto da exclusão por indignidade e o da deserdação.

Discorda-se dos argumentos suscitados pelo referido doutrinador. Os institutos da indignidade e da deserdação têm um fundamento específico, consistente em afastar da sucessão determinada pessoa que tenha praticado atos reprováveis, de notória gravidade, contra o *de cujus* (GONÇALVES, C., 2013, p.120) ou, a depender da hipótese, contra pessoas próximas a ele.

Percebe-se, portanto, que a prática da conduta lesiva contra o *de cujus* é a circunstância determinante para que se justifique o cenário atípico de um filho ser afastado da sucessão do pai. A excepcional pena civil decorre necessariamente da ação ofensiva. Além disso, a lei também exige que este afastamento seja declarado por sentença proferida nos autos de ação específica a ser proposta pelos interessados, tanto na exclusão por indignidade quanto na deserdação.

⁴³ Destaque-se, no mesmo sentido, que o artigo 1.952 do Código Civil de 2002 estabelece que a substituição fideicomissária só se permite em favor das pessoas não concebidas ao tempo da morte do testador.

Ocorre que a pessoa gerada por reprodução *post mortem* presumivelmente não praticou qualquer ato delituoso contra o *de cuius*. Além disso, sequer teve “culpa” em relação ao momento no qual foi concebido. Desta forma, a situação da concepção póstuma não guarda qualquer compatibilidade com as hipóteses da indignidade ou da deserdação. Assim, demonstra-se injustificável o afastamento do *nondum conceptus*, se nascer com vida, da sucessão do ascendente já falecido.

Por outro lado, a referida corrente doutrinária argumenta que inexistente qualquer desrespeito ao princípio da igualdade dos filhos, consagrado na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, Valéria Cardin e Andryelle Camilo (2009, p.133) esclarecem que, para os defensores desta teoria, “este princípio preceitua que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. No caso das inseminações *post mortem*, há uma absoluta disparidade com a concepção ordinária, que ocorre antes da morte de um dos genitores”.

Novamente se faz necessário discordar do argumento defendido. Afinal, o momento da concepção não pode ser considerado como um fator diferenciador da descendência, por ser claro o texto constitucional quando determina que os filhos tenham os mesmos direitos e qualificações, conseqüentemente vedando qualquer tratamento discriminatório.

Por essas razões, conclui-se pela inadequação do argumento que recusa vocação hereditária ao *nondum conceptus* pelo simples fato de ele não estar concebido no momento da abertura da sucessão.

5.1.2 A suposta violação à segurança jurídica dos demais vocacionados à sucessão

Outro fundamento teórico utilizado para rejeitar a possibilidade de atribuição dos direitos sucessórios aos concebidos por procriação póstuma é a ofensa à segurança jurídica das pessoas que já existiam no momento da abertura da sucessão e que foram chamadas a esta antes da realização do procedimento direcionado à concepção *post mortem*.

Conforme já destacado na seção 4.3, no momento do falecimento do *de cuius*, algumas pessoas preenchiam os pressupostos necessários para serem titulares do direito sucessório, estando aptas a exercer a posição jurídica de herdeiras. Portanto, depreende-se que essas pessoas adquiriram o direito à sucessão.

O direito adquirido é uma das facetas da segurança jurídica, instituto indispensável à paz social, que tem por escopo a proteção das relações jurídicas já consolidadas. “Trata-se, na realidade, de um verdadeiro direito fundamental do indivíduo de certeza e estabilidade em sociedade” (ALMEIDA; BRITO, 2010, p.189).

Desse modo, Ana Caroline Oliveira Montalbano (2012, p.21) indaga “se a inseminação *post mortem* não colocaria em risco todo o sistema jurídico, principalmente da sucessão, ao dar direitos ao embrião em detrimento das pessoas já existentes”. Seria válido privar o vocacionado à sucessão de sua condição de sucessor, ou de fração do quinhão que recebeu, por causa do surgimento de herdeiro que sequer estava concebido no momento do óbito do *de cujus*?

Neste sentido, Flávia Brasileiro (2008) questiona a respeito da situação dos demais herdeiros: “permaneceriam na eterna incerteza (enquanto houver embrião oriundo do *de cujus*) de eventuais alterações na partilha dos bens, influenciando certamente na sua disposição, contrariando, assim, o princípio da segurança jurídica”? Essa situação de insegurança perduraria enquanto fosse mantida a qualidade dos gametas doados pelo falecido – período que pode ultrapassar os 20 anos, com as técnicas mais modernas de criopreservação (LIMA JUNIOR, 2012). Criticando tal possibilidade, manifestam-se Caroline Schneider e Ellen Carina Mattias Sartori.

Não há dúvida, por conseguinte, de que o direito de herança desse filho gerado *post mortem* deve ser ponderado com a segurança jurídica e a estabilidade das relações. Não há razoabilidade de voltar a um *status quo ante*, de uma partilha que foi feita nos moldes da lei, amparada na boa-fé de seus participantes, que em momento algum tiveram qualquer conhecimento da possibilidade dessa concepção *post mortem*. (SCHNEIDER; SARTORI, 2015, p.537)

Trata-se de questionamento bastante relevante, pois *a priori* não parece razoável que os herdeiros originalmente chamados à sucessão fiquem indefinidamente à espera de uma eventual alteração no quadro sucessório. Ocorre que a estabilidade das relações jurídicas não é um princípio absoluto; o próprio ordenamento jurídico brasileiro prevê um instrumento processual hábil para repercutir em partilhas já realizadas: a petição de herança, regulamentada entre os artigos 1.824 e 1.828 do Código Civil de 2002.

A petição de herança é a demanda judicial através da qual o herdeiro que tiver sido preterido poderá ver reconhecida a sua qualidade, visando à recuperação do todo ou parte do patrimônio sucessório que esteja em poder de outrem. Como sustenta Carlos Roberto

Gonçalves (2013, p.141) trata-se de ação a ser proposta notadamente após a realização da partilha dos bens da herança, na medida em que até este momento basta ao sucessor requerer seu ingresso no inventário. Verifica-se que a simples alegação de segurança jurídica não é idônea para impedir a correta atribuição de quinhão hereditário a quem é seu legítimo titular.

A petição de herança está subordinada a prazo prescricional, conforme dispõe a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal. Como não há previsão específica para a matéria, aplica-se a regra geral do artigo 205 do Código Civil, qual seja, o prazo de 10 anos. Também é entendimento do STF que o termo inicial do lapso prescricional é a abertura da sucessão.

O prazo para ajuizamento da petição de herança, entretanto, está sujeita a todas as causas que suspendem ou interrompem a prescrição (GONÇALVES, C., 2013, p.152), inclusive aquela prevista no art. 198, I, do Código Civil de 2002⁴⁴. Por essa razão, se a sucessão for aberta enquanto o herdeiro preterido for absolutamente incapaz, a prescrição contra este só começa a correr da data em que completar 16 anos e se tornar relativamente incapaz.

Das disposições ora mencionadas, que já são previstas pelo direito positivo vigente, depreende-se que é possível uma hipótese na qual o herdeiro preterido seja recém nascido quando da realização da partilha dos bens deixados por seu genitor; neste caso, o prazo prescricional de 10 anos para o ajuizamento da adequada petição de herança só começará a fluir quando ele completar 16 anos de idade. Sendo assim, há a possibilidade legalmente fundamentada de os demais sucessores serem afetados por demanda judicial promovida até 26 anos após a realização da partilha.

Por essa razão, a presente investigação defende que no ordenamento jurídico brasileiro já há demonstração positivada de que se prioriza a devida atribuição de direitos sucessórios aos verdadeiros herdeiros, em detrimento da estabilidade das relações jurídicas de quem indevidamente detém parte ou toda a herança.

5.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À VOCAÇÃO HEREDITÁRIA SOMENTE PELA VIA TESTAMENTÁRIA

⁴⁴ Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.

Conforme exposto, o Código Civil, em seu artigo 1.799, I, autoriza que o autor da herança disponha por testamento em favor de pessoas que ainda não estejam concebidas no momento da abertura da sua sucessão. A via testamentária é um instrumento que excepciona o “princípio da coexistência”, já abordado no tópico 2.4.1, segundo o qual sucessor e sucedido devem ter coexistido, e que este sobreviva àquele por pelo menos um instante.

Com base nisso, alguns doutrinadores sustentam que a única possibilidade de o filho concebido por reprodução *post mortem* ser chamado à sucessão do seu genitor pré-morto é a hipótese de este ter deixado testamento que beneficie a própria prole eventual. “Ou seja, pode apenas ser herdeiro testamentário, não se encaixando dentre os herdeiros legítimos” (RIGO, 2009).

De acordo com Rolf Madaleno (2013, p.527), a exigência legal de coexistência temporal do sucedido com o herdeiro impede que a criança concebida postumamente seja sucessor legítimo. O mencionado autor defende, entretanto, que há possibilidade de vocação testamentária, na medida em que nesta hipótese “não há exigência dessa coincidência entre a morte e a concepção ou o nascimento com vida, porque o *de cuius* pode indicar, por testamento, herdeiro ou legatário, filhos ainda não concebidos ao tempo de sua morte”.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (2005, p.99) defende a necessidade de cláusula testamentária que institua como herdeiros os filhos póstumos do *de cuius*. Igualmente, Maria Helena Diniz (2007, p.503) admite que a prole eventual beneficiada em testamento seja a do próprio testador. No mesmo sentido se posicionam Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2000, p.732), Fernanda de Borges Henriques (2009) e Juliane Fernandes Queiroz (2001, p.80). Esta última autora sustenta, ainda, que o testamento deverá estabelecer o lapso temporal dentro do qual o material criopreservado poderá ser utilizado.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.733) defende especificamente que, se se realizar a reprodução assistida *post mortem*, a paternidade será estabelecida, mas não para fins de direito sucessório, salvo previsão testamentária em seu favor. Para o mencionado autor, a criança prejudicada poderá pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer, em face de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar.

Assim, com base na responsabilidade civil subjetiva da mulher que resolveu conceber e fazer nascer a criança que não terá qualquer direito sucessório em virtude da morte anterior de seu pai – diante da verdade biológica –, será perfeitamente viável ao filho exigir a reparação do dano patrimonial que, normalmente, consistirá na parte que ele teria direito na herança deixada pelo falecido pai e que foi distribuída entre os herdeiros. Tal não significa que a prática seja estimulada, mas representa a indispensabilidade de serem

tutelados e promovidos os melhores interesses da criança, que não deve sofrer sanções diante da conduta espúria ou ilegítima daquele que pretendeu procriar com a consciência de que os danos patrimoniais e, também, extrapatrimoniais se verificariam na pessoa da criança concebida com sêmen do ex-marido (ou ex-companheiro). (GAMA, 2003, p.938)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.129) recomendam que, em nome da segurança jurídica, para o reconhecimento de direitos sucessórios nos limites da sucessão testamentária, deve ser aplicado o limite temporal (“prazo de espera”) de dois anos dentro do qual a prole eventual deve ser concebida. Para os mencionados autores, “após esse prazo, não deixará de ser considerado filho do falecido, mas não terá direito sucessório”.

A solução proposta pela corrente doutrinária ora exposta não parece ser a mais adequada. Afinal, o texto do Código Civil condiciona a instituição testamentária em favor de pessoas ainda não concebidas ao fato de os genitores eventuais estarem vivos no momento da abertura da sucessão (CARDIN; CAMILO, 2009, p.133). O testador não poderia beneficiar a própria prole eventual, na medida em que obviamente não estará vivo quando o testamento estiver apto a produzir efeitos jurídicos, em se tratando de negócio jurídico *causa mortis*.

Em atenção ao referido empecilho de não poder beneficiar a própria prole eventual em testamento, Giselda Hironaka (2003, p.356) sugere que o testador adote uma via reflexa, qual seja, instituir como seus herdeiros os filhos ainda não concebidos de seu cônjuge ou companheiro. Entretanto, esta solução não considerou a possibilidade de a viúva ter filhos com outra pessoa, abandonando o projeto parental de reprodução assistida mediante a utilização do material genético doado pelo *de cujus*.

Por outro lado, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006) defende que, havendo a possibilidade de beneficiar a prole eventual de terceiro, não há qualquer lógica na vedação à instituição em favor dos filhos ainda não concebidos do próprio testador.

Ainda que se admitisse a possibilidade de o *de cujus* beneficiar a sua própria prole eventual no seu testamento, esta igualmente não seria a melhor solução para a questão, porque é contrária ao princípio de tratamento isonômico constitucionalmente garantido aos filhos.

O princípio da igualdade não permite que alguns filhos sejam sucessores legítimos, enquanto outros sejam apenas sucessores testamentários; a situação consistiria em claro tratamento diferenciado e discriminatório. Como recorda Anna Beraldo (2010, p.78), a proteção ao descendente concebido postumamente seria demasiado fragilizada, pois a sua

vocação hereditária estaria subordinada às circunstâncias referentes à validade, eficácia, revogação e rompimento do testamento⁴⁵.

Além disso, reduzir o filho póstumo à condição de herdeiro testamentário seria afastá-lo da condição de herdeiro necessário, o que poderia causar desrespeito à intangibilidade da sua legítima (SCALQUETTE, 2009). Em outras palavras, ele teria o seu quinhão conduzido ao tratamento legalmente atribuído à metade disponível, podendo se submeter a substituição fideicomissária, sofrer redução de disposições testamentárias ou suportar o pagamento da vintena devida ao testamenteiro.

Conclui-se que os problemas relacionados à atribuição de direitos sucessórios na reprodução póstuma não são suficientemente solucionados com a previsão testamentária instituída em benefício do *nondum conceptus*. Em um “Estado Democrático de Direito onde se apregoa o garantismo constitucional, tal possibilidade não pode prosperar, havendo de se achar outros meios para tutelar os direitos desta prole” (REIS, 2010).

5.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À VOCAÇÃO LEGÍTIMA

Em contraposição às insuficientes respostas fornecidas pelas correntes mencionadas anteriormente, há segmento doutrinário que sustenta que o filho concebido por reprodução artificial *post mortem* tem ampla e irrestrita condição de herdeiro legítimo. Conforme defende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p.59), realizando-se a procriação póstuma, “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”.

Regiane Presot (2013) leciona que o argumento basilar desta ideia é que o direito à filiação existe pelo simples fato de ser filho, ainda que este seja indesejado ou inimigo capital do pai; e, reconhecendo-se o vínculo de paternidade, a atribuição da vocação hereditária é imperiosa.

⁴⁵ Atento a esta fragilidade na vocação testamentária do filho postumíssimo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.733) sugere que talvez fosse o caso de se estabelecer na lei a insuscetibilidade da disposição testamentária sobre essa matéria ser revogada. O referido autor aduz, contudo, que tal disposição não alteraria o sistema existente quanto à invalidade e à ineficácia da disposição, o que ainda tornaria a situação do futuro filho do falecido bastante instável.

Para a referida corrente doutrinária, o direito constitucional à herança deve ser garantido de maneira isonômica tanto aos filhos já nascidos quando do falecimento do *de cuius* quanto àqueles que eventualmente ainda nascerão, ainda que concebidos após a morte do genitor (MONTALBANO, 2012). Tal premissa tem sólido fundamento: afinal, não se pode admitir interpretação infraconstitucional restritiva de direito de filho algum quando a Constituição Federal de 1988 promove a igualdade entre todos eles.

Luiz Gavião de Almeida (2003, p.104) defende que “a ligação parental entre o *de cuius* e o indivíduo vindo de inseminação artificial homóloga é indiscutível, quer tenha ele nascido enquanto vivo ou depois de morto o seu pai”. Segundo o mencionado doutrinador, na medida em que o legislador reconhece efeitos pessoais ao concepturo, não se justifica o afastamento dos seus efeitos patrimoniais, especialmente hereditário.

Tal linha de pensamento encontrou acolhimento na III Jornada de Direito Civil, quando se aprovou o Enunciado 267, que determina:

A regra do art. 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

No mesmo sentido, Maria Berenice Dias (2013, p.125) afirma que é difícil atribuir mais valor a uma ficção jurídica, como a *saisine*, do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação. A mencionada autora sustenta que há um equívoco na interpretação que confere mais atenção aos direitos de terceiros do que aos da criança gerada nessas circunstâncias. Assim, “nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*”.

Maria Berenice Dias (2013, p.125) ainda afirma que “sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor”. Por fim, conclui que não é possível condicionar os direitos sucessórios da prole póstuma à existência de testamento, porque todos os filhos pertencem à classe dos herdeiros legítimos e necessários, com direito à herança e à intangibilidade da legítima.

Silmara Chinelato (2004, p.55) entende que a presunção de paternidade estabelecida pelo Código Civil é suficiente para garantir os direitos sucessórios da prole ainda não concebida no momento da abertura da sucessão, notadamente quando associada ao

consentimento do *de cuius* para a realização da inseminação póstuma com utilização do seu material germinativo.

Anna Beraldo (2010, p.79) faz referência a doutrinadores que utilizam a conveniência prática, referente à existência de partilha dos bens do *de cuius*, como fundamento para recusar direitos sucessórios aos filhos concebidos por inseminação *post mortem*. A autora rechaça veementemente o argumento, na medida em que “uma vez nascido o filho, este deve ser protegido”.

Bruna Amarijo Coco (2012) afirma que a Constituição de 1988 consagra a pluralidade familiar, tornando descabida a adoção de uma interpretação infraconstitucional que desprestige a família formada a partir da concepção artificial *post mortem*. “Ao passo que, ao se reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os sucessórios decorrentes”. Por fim, a autora conclui que “garantindo a lei o vínculo, não se justifica a privação do concebido *post mortem* de ter legitimação para suceder o *de cuius*”.

Por sua vez, Ana Carolina Souza Andrade (2007, p.29) sustenta que a omissão do Código Civil quanto à matéria não significa uma proibição legislativa ao reconhecimento dos direitos sucessórios da prole concebida postumamente. Aplicando o direito à herança e os princípios da igualdade e da pluralidade das entidades familiares em suas reflexões, a autora conclui que os filhos gerados nessas circunstâncias são herdeiros. Entretanto, a doutrinadora ainda afirma que não se pode deixar de perseguir uma solução jurídica que também contemple os direitos dos coerdeiros, pois estes não poderão ficar eternamente à espera da realização da reprodução *post mortem*.

A presente investigação compartilha dos argumentos suscitados, na medida em que os princípios constitucionais e as regras norteadoras do Direito das Sucessões tornam inadequada qualquer interpretação que prive injustificadamente um descendente do direito à sua vocação hereditária.

Contudo, o intérprete não pode olvidar de considerar a já referida necessidade de estabilidade nas relações jurídicas. Dessa forma, a solução, apesar de buscar garantir os direitos sucessórios aos filhos concebidos postumamente, necessariamente também deverá levar respeito ao núcleo essencial do direito à segurança jurídica titularizado pelos outros herdeiros. Afinal, igualmente condenável seria deixar que estes permanecessem na eterna iminência de serem prejudicados por uma diminuição patrimonial. Visando a esse equilíbrio,

surge uma outra corrente doutrinária, com a tese de que a vocação legítima da prole postumíssima deve ser reconhecida apenas se esta surgir dentro de um determinado prazo a partir da abertura da sucessão.

5.4 A VOCAÇÃO LEGÍTIMA SUBORDINADA A UM “PRAZO DE ESPERA DA PROLE EVENTUAL”

Com a intenção de evitar a insegurança dos coerdeiros no tocante à sua posição jurídica de sucessores e à iminência de diminuição patrimonial, uma corrente doutrinária sugere que, através de uma interpretação analógica, aplique-se à reprodução assistida póstuma o prazo estabelecido pelo Código Civil para a vocação hereditária testamentária atribuída à prole eventual.

No §4º do artigo 1.800, o Código Civil de 2002 determina que, salvo disposição em contrário, se a prole eventual beneficiada em testamento não for concebida no período de até dois anos após a abertura da sucessão, ela não mais será chamada a suceder, operando-se a caducidade da referida disposição testamentária.

Então, aplicando tal regra à reprodução assistida homóloga *post mortem*, o direito à herança da criança assim gerada apenas será assegurado se o procedimento for realizado no biênio sequente à morte do *de cuius*.

Eduardo Oliveira Leite (2004, p.27), adotando esta linha de pensamento, recomenda a alteração da redação do artigo 1.798 do Código Civil, para que se acrescente à vocação hereditária ordinária a hipótese das pessoas que nascerem por concepção artificial póstuma até dois anos após a abertura da sucessão.

Ana Andrade (2007, p.30) sugere uma alteração legislativa na qual seja previsto um prazo para que se permita a realização da concepção *post mortem*. No mesmo sentido, propõe que, enquanto não se corrigir a omissão legal, a jurisprudência solucione a questão utilizando-se analogicamente do prazo previsto no §4º do art. 1800 do Código Civil de 2002.

Catarina de Luca (2010, p.29) igualmente preconiza a aplicação do referido “prazo de espera”, dentro do qual os bens da herança ficam reservados à espera do herdeiro ainda não concebido. Se a concepção não ocorrer, os demais herdeiros do *de cuius* repartirão entre si o quinhão que caberia à prole eventual frustrada.

Em sua Tese de Doutorado, intitulada “Estatuto da Reprodução Assistida”, a professora Ana Claudia Scalquette (2009) também aconselha o reconhecimento dos direitos sucessórios ao filho nascido *post mortem*, desde que respeitado um determinado lapso temporal, como forma de garantir a segurança jurídica dos demais herdeiros, que não poderão aguardar eternamente o seu eventual nascimento. Diferentemente dos demais autores mencionados, a referida doutrinadora propõe que se tome como paradigma o prazo de três anos previsto na Lei de Biossegurança para a destinação de embriões passíveis de utilização na pesquisa com células-tronco embrionárias.

Por seu turno, Valéria Cardin e Andryelle Camilo (2009, p.134) recomendam que se garanta o direito sucessório da prole eventual do *de cuius* dentro de um lapso temporal de dez anos, contados da abertura da sucessão. Trata-se, como já mencionado, do prazo prescricional da ação de petição de herança. Sendo concebido o filho póstumo dentro do mencionado período, ele poderá ingressar, através de seu representante legal, com a referida demanda em face dos coerdeiros, para ver judicialmente reconhecido o seu título jurídico de sucessor. Somente o imprescritível direito à filiação seria garantido à criança gerada após uma década do falecimento do genitor. As autoras aduzem que esta não é a melhor resposta, porém pelo menos confere tempo suficiente para que a viúva se submeta à técnica reprodutiva e, ao mesmo tempo, contribui para a estabilidade das relações jurídicas⁴⁶.

Entretanto, deve-se destacar a insuficiência dos argumentos acima expostos. Em primeiro lugar, discorda-se do emprego da caducidade bienal do direito sucessório da prole eventual, previsto no art. 1.800, §4º do Código Civil, de forma analógica para o caso da procriação artificial póstuma.

A mencionada norma diz respeito especificamente à sucessão testamentária, e já se expôs na presente investigação que a isonomia entre filhos e o respeito à ordem de vocação hereditária exigem que se reconheça aos descendentes postumíssimos o direito à sucessão legítima do genitor morto.

⁴⁶As doutrinadoras fazem referência, ainda, à excepcional hipótese de ter sido realizada inseminação *post mortem* sem o consentimento do *de cuius* que tenha expressamente manifestado sua discordância quanto ao referido procedimento. Nesta situação, para as autoras, há um conflito entre direitos da personalidade: o menor teria direito ao reconhecimento da paternidade, mas o doador dos gametas teria o direito de optar pela implantação póstuma ou não de seu material genético. Concluem que o direito à filiação é inafastável, portanto o filho deverá ser reconhecido; porém o direito sucessório restará prejudicado em decorrência da recusa veemente do genitor. Também deve ser imputada responsabilidade civil à clínica que realizou o procedimento nessas circunstâncias, inclusive podendo esta ser condenada a prestar alimentos à criança privada do direito à herança.

A respeito da utilização do prazo previsto na Lei de Biossegurança, entende-se que não é possível sua aplicação analógica, na medida em que a mencionada norma diz respeito a embriões congelados, e não a material genético criopreservado ainda não fecundado. Além disso, para que o intérprete se valha da analogia, é necessário que a hipótese não prevista em lei e a contemplada no texto legal guardem entre si um elemento de identidade essencial, fundamental, ou seja, que se encontre, “num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só a ideia geradora tanto da regra existente como da que se busca” (MAXIMILIANO, 1965, p.224). Entende-se que a Lei de Biossegurança não guarda qualquer similaridade axiológica com o Direito das Sucessões, pelo menos no que se refere ao art. 1.597, III do Código Civil de 2002.

Da mesma forma, entende-se que não é possível subordinar o direito sucessório da prole postumíssima à condição de esta ser concebida no lapso de 10 anos referentes à prescrição da petição de herança. Conforme já exposto, o mencionado prazo prescricional não corre em desfavor de absolutamente incapazes. Neste sentido, seria um contrassenso admitir a prescrição se operando em face de quem sequer foi concebido ainda.

Além disso, depreende-se que a referida teoria do “prazo de espera” parece apenas afastar o termo inicial da solução da controvérsia sucessória, todavia sem eliminar a quebra de isonomia entre aqueles concebidos *post mortem* anos após o óbito, e os seus irmãos vivos à época da abertura da sucessão do genitor comum.

Maria Berenice Dias (2013, p.126) se opõe energicamente ao estabelecimento de “prazo de espera” para o reconhecimento do direito sucessório. A autora afirma que “essa limitação não tem qualquer justificativa”, na medida em que “não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto depois do prazo de dois anos”. A mencionada doutrinadora assevera ainda que “a tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos”.

Por tudo quanto exposto, é inevitável que, em se reconhecendo a parentalidade do *de cuius* em relação ao filho postumíssimo, conclua-se pela impossibilidade de condicionar o direito sucessório deste a um prazo dentro do qual a concepção assistida *post mortem* deva ser realizada.

5.5 UMA TOMADA DE POSIÇÃO: OS DIREITOS À FILIAÇÃO E SUCESSÓRIOS DA PROLE POSTUMÍSSIMA À LUZ DOS LIMITES DA VONTADE PROCRIACIONAL

Até o momento, foram expostos os diferentes posicionamentos doutrinários a respeito da possibilidade de se reconhecerem os direitos sucessórios da prole concebida por reprodução assistida *post mortem*. Buscou-se realizar uma reflexão acerca dos fundamentos utilizados por cada corrente para sustentar as respectivas teses. Finalmente, impõe-se a tomada de posição a respeito do tema.

Por tudo quanto já exaustivamente exposto na seção 5.3, os princípios constitucionais e as regras norteadoras do Direito das Sucessões tornam inadequada qualquer interpretação que prive injustificadamente um descendente do direito sucessório referente ao seu genitor. Para esta conclusão convergem os princípios da igualdade de tratamento entre filhos, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o direito fundamental à herança, além do mandamento de respeito à ordem de vocação hereditária, típico do Direito das Sucessões.

Apesar de o art. 1.798 do Código Civil de 2002 limitar o reconhecimento de sucessibilidade para os nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, o mencionado dispositivo infraconstitucional não poderá prevalecer nas hipóteses em que sua aplicação gerar, no caso concreto, violação a comando da Constituição Federal de 1988. Uma regra de competência, no caso um requisito para se configurar a capacidade para suceder, só poderá ser aplicada enquanto guardar conformidade com os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Consequentemente, a interpretação das normas sucessórias deve evitar exageros e injustiças, mitigando a severidade quando isto for necessário (NONATO, 1957, p.70) de forma a garantir o respeito aos preceitos constitucionais.

Por essa razão, impõe-se afastar uma interpretação rigorosa do art. 1.798 do Código Civil de 2002, fazendo-se incluir em seu âmbito de proteção a situação da prole concebida por reprodução assistida *post mortem*, beneficiando aqueles que tiverem reconhecida a sua filiação para com o *de cuius*.

Resta, entretanto, enfrentar a questão da segurança jurídica dos vocacionados à sucessão antes da realização póstuma do mencionado procedimento científico. A este respeito, inicialmente se reitera o quanto já exposto na seção 5.1.2, notadamente no que se refere ao fato de o próprio ordenamento jurídico positivo - através do instituto da petição de herança,

com seu dilatado prazo prescricional, submetido à regra de suspensão em favor dos absolutamente incapazes - priorizar a devida atribuição de direitos sucessórios ao verdadeiro herdeiro, em detrimento da estabilidade das relações jurídicas consolidadas após a realização da partilha.

Impõe-se ressaltar que, assim como a herança, o respeito ao direito adquirido é um direito fundamental reconhecido constitucionalmente. A partir desta premissa, deve-se considerar que no direito brasileiro se reconhece a natureza principiológica dos direitos fundamentais, sendo estes também considerados como mandados de otimização sujeitos a sopesamento. Conforme leciona Robert Alexy (2008, p.93), se dois princípios (no caso, dois direitos fundamentais) colidem, um deles terá que ceder, o que não significa que o cedente será declarado inválido nem nele será inserida uma cláusula de exceção. Na verdade, no caso concreto, os princípios terão pesos diferentes, e aqueles com maior peso têm precedência (ALEXY, 2008, p.94).

Na busca da solução do conflito entre princípios, pode haver concessões recíprocas entre os direitos que aparentemente se chocam, desde que respeitados os núcleos essenciais de cada um. Núcleo essencial é “o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de fulminar o próprio direito” (ALVES, N., 2010, p.40).

Assim, na colisão entre os direitos constitucionais à herança do filho postumíssimo e à segurança jurídica daquelas pessoas vocacionadas no instante da abertura da sucessão, o primeiro deve prevalecer sobre o segundo, porque aquele está fortemente amparado pelo princípio da igualdade entre os filhos. Entretanto, o respeito ao núcleo essencial do direito à segurança jurídica exige que os demais vocacionados não fiquem indefinidamente sujeitos ao surgimento de um novo herdeiro do *de cuius*.

A presente investigação defende que a observância à intangibilidade do núcleo essencial da segurança jurídica está relacionada com a limitação da eficácia *post mortem* da vontade procriacional do doador do material genético criopreservado.

Conforme amplamente sustentado na seção 2.1.5, a autonomia reprodutiva é um direito, todavia seu exercício deve sofrer limitações impostas pelo ordenamento jurídico, principalmente nas hipóteses em que há interferência na esfera jurídica de terceiros. Em razão disso, sugeriu-se a possibilidade do estabelecimento de prazos para a concretização do projeto parental.

Do mesmo modo, expôs-se na seção 3.3.2.1 a importância da vontade procriacional, que, reitere-se, consiste no “consentimento prestado com o fim de procriar” (AGUIAR, 2005, p.96). De acordo com os argumentos então suscitados, a anuência à realização da reprodução assistida – notadamente nas modalidades heteróloga e *post mortem* - é o fundamento precípua para o reconhecimento da fixação da relação de parentalidade entre prole e genitor registral, prevalecendo inclusive em relação ao elemento biológico.

Esta pesquisa concluiu pelo reconhecimento da eficácia póstuma da vontade procriacional, para permitir que o cônjuge ou companheiro sobrevivente se utilize dos gametas criopreservados, desde que haja autorização expressa dada pelo finado nesse sentido. Dessa maneira, o consentimento expresso para procriação *post mortem* é a causa suficiente de estabelecimento do vínculo de filiação entre doador e prole assim concebida.

Ocorre que, consoante igualmente exposto na seção 3.3.2.1, o tempo é fator extintivo dos direitos nas hipóteses em que estes não são exercidos. A previsão da caducidade no ordenamento jurídico existe com o fundamento de proporcionar estabilidade nas relações. Em razão disso, deve-se reconhecer que a vontade procriacional está sujeita a se extinguir em decorrência de sua não utilização dentro de determinado lapso temporal.

Assim, se se passa um longo período sem que o cônjuge ou companheiro sobrevivente se utilize do material genético criopreservado do falecido, presume-se o desaparecimento daquele projeto parental. Consequentemente, verifica-se a cessação da eficácia póstuma da vontade procriacional manifestada antes do óbito do doador dos gametas, não sendo então mais juridicamente possível a pretensão de realização da reprodução assistida *post mortem*.

Não há previsão expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, deste prazo dentro do qual o consentimento para procriar produz efeitos *post mortem*. Cabe ao legislador a sua fixação dentro de parâmetros razoáveis, dentro dos quais se possa respeitar o luto do companheiro ou cônjuge sobrevivente, mas também buscando evitar a excessiva prorrogação deste mister. Enquanto permanecer a omissão legislativa, caberá ao magistrado exercer a justiça no caso concreto, avaliando casuisticamente a subsistência da eficácia da vontade procriacional do *de cuius*.

Ocorre que o reconhecimento de um prazo máximo para a eficácia *post mortem* da vontade procriacional gera repercussões no direito à filiação. Na hipótese de utilização póstuma dos gametas após a caducidade do consentimento dado pelo falecido, não será possível reconhecer a parentalidade deste em relação à criança assim concebida. Isto porque a

autorização do doador finado já se extinguiu, concorrendo apenas o elemento volitivo do seu cônjuge ou companheiro supérstite (AGUIAR, 2005, p.98).

Se a vontade procriacional do falecido já está extinta e, ainda assim, seu material genético for utilizado, não há consentimento para procriar e, portanto, não há vínculo de filiação. Consequentemente, não haverá que se falar em direitos sucessórios da prole postumíssima em relação ao *de cuius*, na medida em que não será reconhecida parentalidade entre eles.

Dessa forma, havendo a concepção *post mortem* dentro do prazo de eficácia do consentimento expressamente manifestado pelo morto, os seus filhos postumíssimos serão herdeiros legítimos, flexibilizando-se a regra do art. 1.798 do Código Civil de 2002. Este dispositivo, enquanto norma infraconstitucional, não pode prevalecer frente ao mandamento constitucional de tratamento isonômico entre os filhos de uma mesma pessoa; e também deve ser aplicado em conformidade com o respeito à ordem de vocação hereditária, princípio norteador do Direito das Sucessões.

Por outro lado, os limites da autonomia reprodutiva devem levar em consideração os interesses de terceiros. Por essa razão, para preservar a segurança jurídica e os direitos adquiridos dos demais vocacionados à sucessão, a vontade procriacional do falecido está subordinada a prazo de caducidade. Se houver a sua extinção, não haverá mais a possibilidade de realização da reprodução assistida póstuma com aquele material genético criopreservado. Se a técnica, ainda assim, for utilizada, não haverá mais elemento volitivo que enseje o reconhecimento de filiação entre prole e doador, motivo pelo qual também não existirá qualquer direito sucessório em relação ao *de cuius*.

6 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, a presente investigação concluiu que, enquanto o consentimento para a reprodução assistida estiver produzindo efeitos *post mortem*, os filhos assim concebidos terão direitos sucessórios em relação ao genitor falecido, em detrimento da estabilidade das relações jurídicas titularizadas pelas pessoas originalmente chamadas àquela sucessão. Por outro lado, a autonomia procriacional está sujeita à caducidade e, não sendo exercida dentro de determinado lapso temporal, a autorização do finado desaparece. Se tal situação se verificar, não será mais juridicamente possível o acesso à procriação artificial póstuma e, se a técnica for utilizada, não haverá reconhecimento de vínculo de filiação entre prole e doador; conseqüentemente, não haverá qualquer pretensão sucessória.

Expôs-se que, apesar dos posicionamentos firmes em sentido contrário, existe um chamado “direito à reprodução”. Este não tem como objeto a criança a ser gerada em si, mas na verdade diz respeito ao acesso às técnicas e aos recursos que permitam o exercício adequado do planejamento familiar. Disto decorre a garantia de utilização das tecnologias de reprodução assistida.

Averiguou-se que há a possibilidade científica de criopreservação do material humano fecundante, procedimento este que pode conservar os gametas por longos períodos de tempo. Conseqüentemente, abre-se a hipótese de alguém ter congelado o seu sêmen e vir a falecer enquanto tal material ainda é viável para ser utilizado para a reprodução assistida. Debateu-se sobre a aceitação da procriação artificial póstuma, concluindo-se que tal técnica pode ser realizada no Brasil, como consequência do direito ao projeto parental não apenas do doador falecido, mas também do seu cônjuge. Exige-se para tanto, todavia, que o morto tenha deixado autorização expressa para a utilização do seu material genético após eventual óbito. Tal consentimento não é eterno, estando sujeito à caducidade se o projeto parental não for posto em prática dentro de prazo razoável, a ser fixado pelo legislador e, enquanto houver omissão legislativa, estabelecido casuisticamente pelo magistrado.

Depreendeu-se, ainda, que a herança é um direito fundamental, cujo âmbito de proteção é regulamentado pelo legislador infraconstitucional. Este, ao fazê-lo, estabeleceu uma ordem de vocação hereditária, segundo a qual os descendentes do *de cuius* preferem a todos os outros parentes na condição de sucessores do falecido. Do mesmo modo, a lei protege os descendentes, considerando-os herdeiros necessários, o que significa que, se

existirem filhos do morto, somente poderão ser afastados da sucessão do genitor, contra a própria vontade, nos excepcionais casos de indignidade ou deserdação.

Da mesma forma, demonstrou-se que na Constituição Federal de 1988 há determinação expressa de que todos os filhos de uma pessoa devem ter tratamento isonômico, não importa qual seja sua origem – consequentemente, independentemente do momento em que foram concebidos, antes ou após a morte do genitor.

Estabeleceram-se os contornos do problema acerca da atribuição de direitos sucessórios na reprodução assistida póstuma, figurando de um lado do problema os direitos fundamentais à herança e à igualdade de tratamento entre os filhos, bem como o respeito à ordem de vocação hereditária e à inafastabilidade do chamamento dos herdeiros necessários; e, de outro, o “princípio da coexistência entre sucessor e sucedido”, bem como a segurança jurídica.

Asseverou-se que o princípio da contemporaneidade entre morto e herdeiro não é absoluto, na medida em que o próprio Código Civil de 2002 prevê exceção a ele através da via testamentária. Ademais, por se tratar de norma prevista em sede infraconstitucional, não pode prevalecer se sua aplicação acabar ferindo preceito estabelecido na Constituição Federal. A este respeito, concluiu-se que o artigo 1.798 da lei 10.406/2002 deverá ser interpretado ampliativamente, para incluir em seu âmbito de proteção o concepturo.

Sobre a segurança jurídica das pessoas vocacionadas à sucessão no momento da abertura desta, depreendeu-se que o próprio ordenamento jurídico brasileiro já prevê mecanismo que prioriza a devida atribuição de direitos sucessórios aos verdadeiros herdeiros, em detrimento da estabilidade das relações estabelecidas após a partilha do patrimônio hereditário: trata-se da petição de herança.

Do mesmo modo, inferiu-se que a segurança jurídica é um direito fundamental, assim como o direito à herança da prole concebida postumamente. Numa ponderação entre ambos, o segundo deverá prevalecer, na medida em que na hipótese está amparado pelos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável, da igualdade de tratamento entre os filhos, de respeito à ordem de vocação hereditária e de inafastabilidade dos direitos sucessórios dos descendentes enquanto herdeiros necessários. Ressalvou-se, todavia, que mesmo não tendo precedência, o direito à segurança jurídica deverá ver resguardado o respeito ao seu núcleo fundamental, o que ocorrerá com a observância à

caducidade da vontade procriativa enquanto elemento volitivo ensejador do reconhecimento de filiação entre doador do material criopreservado e os filhos postumíssimos.

Pelas razões expostas, a presente investigação conclui que os filhos concebidos por reprodução artificial *post mortem* são titulares de direitos sucessórios em relação aos seus pais falecidos, podendo ver reconhecida a sua condição de herdeiros, se necessário, através da competente petição de herança, desde que tenham sido concebidos no período durante o qual se reconhece a eficácia póstuma da vontade procriacional.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Modelos de autonomia e sua (in)compatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>>. Acesso em 10 de maio de 2016.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. In: V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em 2014-10-22.

ALDROVANDI, Andrea. **O acesso às tecnologias reprodutivas: garantias e limites jurídicos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição Alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, João Alberto de; BRITO, Thiago Carlos de Souza. **O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n.57. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil Comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: Artigos 1.784 a 1.856, Volume XVIII**. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. A "Gewere" - Um instituto do antigo direito germânico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 63, p. 193-228, dec. 1967. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66559>>. Acesso em: 14 apr. 2016.

ALVES, Nadia Castro. **Colisão de direitos fundamentais e ponderação**. Belo Horizonte: Meritum, 2010.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. **Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas**. In: Revista Bioética – v.22, n.1, 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975>. Acesso em 2015-11-16.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. – 7. ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Ana Carolina Souza. **A Sucessão Legítima do Filho Concebido após a Morte do Pai**. 2007. Monografia (Especialização) – Curso de Preparação à Magistratura, Escola de Magistratura do Paraná; Curitiba, 2007.

AÑÓN, Carlos Lema. **Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida**. Madrid: Trotta, 1999.

AUTO, Luciana da Fonseca Lima Brasileiro. **Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

BADALOTTI, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>>. Acesso em 2015-11-16.

BARBOSA, Mario Figueiredo. **Ainda questões jurídicas**. Salvador: Quarteto, 2009.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. Princípios do biodireito. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **As relações de parentesco no Novo Código Civil**. In: Revista da EMERJ, número Especial: Anais do Seminário EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, 2004.

Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_107.pdf>. Acesso em 2015-11-17

BELLA, Gianluca Maria. **A fecundação medicamente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia**. Publicado em abril de 2009. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194917/000865486.pdf?sequence=3>>. Acesso em 2014-10-01.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife: CCJ/UFPE, 2010.

BELTRÃO, Taciana Cahu. **Uma análise civil-constitucional da monoparentalidade voluntária mediante o recurso da reprodução assistida**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2010.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem***. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 20. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010.

_____. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga *post mortem***. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Uerj, 2010.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. Segunda edição, revista e acrescentada. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1932.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, volume VI**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1947.

BISCAIA, Jorge. **Problemas éticos da reprodução assistida**. In: Revista Bioética, vol.11, nº02, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial *post mortem* no direito brasileiro**. In: BOECKEL, Fabricio Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. (Coord.). **Direito de Família: em perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASILEIRO, Flávia Ayres de Moraes e Silva. **Direitos sucessórios dos inseminados *post mortem* versus direito à igualdade e à segurança jurídica**. Texto incluído em dezembro de 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12042/direitos-sucessorios-dos-inseminados-post-mortem-versus-direito-a-igualdade-e-a-seguranca-juridica#ixzz3JtiLMeBb>>. Acesso em 2014-11-20.

BRAUNER, Maria Claudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: contribuição para o debate no Direito Brasileiro**. Texto incluído em 07/03/2003. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em 2014-10-10.

CABRAL, Pedro Manso. **Filhos: Rumo à Igualdade**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1980.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Curso avançado de direito civil, v.6**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. **Filiação e Biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família**. 2005. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Faculdade de Direito, Universidade Católica do Salvador; Salvador, 2005.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Do planejamento familiar e da paternidade responsável na reprodução assistida**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2409.pdf>. Acesso em 2014-09-20.

_____; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem***. In: Revista de Ciências Jurídicas da UEM, v.7, n.1, jan/jun 2009. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2009.

_____; ROSA, Letícia Carla Baptista Rosa. **Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e a ética da vida**. In: Revista Brasileira de Direito Animal, v.8, n.12, jan./abr. de 2013.

CARDOSO, Nardejane Martins. **Novas famílias do século XXI: o livre planejamento familiar e a parentalidade responsável à luz do ordenamento jurídico brasileiro.** Texto inserido em 2013. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=46a4378f835dc804>>. Acesso em 2014-09-30.

CAVALCANTE, Marcelo Borges; DUARTE, Ana Beatriz Graça; ARAÚJO, Danielle Oliveira de; TELES, Eugênio Pacelli de Barreto. **Criopreservação de sêmen humano.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032006001200004>. Acesso em 2014-10-01.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, volume 18 (arts. 1591 a 1710).** São Paulo: Saraiva, 2004.

COCO, Bruna Amarijo. **Reprodução assistida *post mortem* e seus aspectos sucessórios.** Texto incluído em maio de 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/956642-bruna-amarijo-coco/publicacoes#ixzz3JwPDIqTt>>. Acesso em 2014-11-03.

CORREA, Marilena. **Ética e reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos.** In: Revista Bioética, vol.09, nº02, 2001.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga.** Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. eBooksBrasil, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 13 de janeiro de 2016.

COUTO, Michelle Cristine Assis. **Existe um direito de ter filhos?** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** – 5. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DAIBERT, Jefferson. **Direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

DANTAS, San Tiago. **Direitos de família e das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE LUCA, Caterina. **O concebido *post mortem* no Direito das Sucessões.** Texto incluído em 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf>. Acesso em 2014-10-09.

DELGADO, Mário Luiz. **Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai.** Revista Jurídica Consulex, Editora Consulex, Ano VIII, nº188, 2004.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **Procriação assistida e direito à saúde: análise do planejamento familiar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito da criança**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/PR, Curitiba, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de direito das famílias**. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões**. – 27. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

ENUNCIADOS APROVADOS. **I Jornada De Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 2013-07-21.

_____. **III Jornada De Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 2013-07-21.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

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

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. – 6. ed. – 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2010.

FRAGA, Ivana de Oliveira; AGUIAR, Monica. **Neo-eugenia: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/09_1196.pdf>. Acesso em 2014-09-10.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Família Monoparental. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo (org.). **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**. São Paulo: Editora Método, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **“Der tote erbt den Lebenden” e o Estrangeirismo Indesejável**. 2012. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Pablo%20stolze%2015_06_2012.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2015.

_____.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. In: Revista Brasileira de Direito de Família, n.5, abr./maio/jun./2000.

_____. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. Por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito de família**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil, em comentário ao Código Civil Português**. 2ª Edição atualizada e aumentada e 1ª Edição brasileira. Adaptação do direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Laudo de Camargo e Prof. Vicente Ráo. Volume X, Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1962.

GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. **Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas**. In: Revista Bioética, vol.09, nº02, 2001.

GUGLIOTTI, Kristine Barci. **Reprodução artificial: limites necessários**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. **A repercussão da reprodução assistida *post mortem* e o direito de herança**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf>. Acesso em 2014-11-14.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 101, p. 153-167, jan. 2006. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

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

_____. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 57, nº 375, janeiro de 2009. Porto Alegre: Notadez, 2009.

_____. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente.** 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. **As técnicas de reprodução assistida e a necessidade de parâmetros jurídicos à luz da Constituição Federal de 1988.** Dissertação (Mestrado em Direito) – UNIFOR. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006.

IDALÓ, Marcella Franco Maluf. **A reprodução assistida em face ao biodireito e sua hermenêutica constitucional.** Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v.15, n.14, p.137-162, 2011.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões.** Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

JACOB-SEGER, Liliana. **Stress e ansiedade em casais submetidos à reprodução assistida.** Tese (doutorado) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Departamento de Psicologia Social e do Trabalho. São Paulo: USP, 2000.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil, Tomo III, vol. III: Liberalidades (Testamentos, donaciones, sustituciones fideicomisarias, fundaciones, particiones de ascendiente).** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem *de lege ferenda*.** Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

LACERDA, Carmen Silvia Mauricio de. **Monoparentalidade: um fenômeno em expansão.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Sucessões.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915.

LAURA, Flavio. **Da filiação no Novo Código Civil.** In: Revista da EMERJ, número Especial: Anais do Seminário EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, 2004. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_84.pdf>. Acesso em 2015-11-17.

LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. **Análise Jurídica Sobre Direitos Sucessórios Decorrentes da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*.** Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/analise.juridica.sobre.direitos.sucessorios.decorrentes.da.inseminacao.artificial.pdf>>. Acesso em: 2013-07-19.

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

_____. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal.** – 2. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil).** In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIMA JUNIOR, Daniel Verissimo de. **Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem no Âmbito do Direito Sucessório.** Texto incluído em 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio#ixzz2ck2MaQM3>>. Acesso em: 2013-07-21..

LINS, Patrícia Gomes Accioly. **Psicodinamismos de mulheres inférteis portadoras da síndrome dos ovários policísticos.** Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: USP, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro.** In: Revista brasileira de direito comparado, n.35, jul/2008.

LOPES, Adriana Coitinho. **O registro civil dos nascidos de gestação substituta.** Monografia (Graduação em Direito). Tijucas: Universidade do Vale do Itajaí, 2009.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: aspectos éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>. Acesso em: 2014-09-29.

_____. **Curso de bioética e biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos** - R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 108 p. 221 - 242 jan./dez. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões, v. I.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direitos reprodutivos e sexuais; constituição e efetivação da cidadania**. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, v.3, n.4 , p.143-150, jul./dez. 1998.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. **Inseminação *Post Mortem* e Seus Reflexos no Direito de Família e Sucessões**. In: **Revista da ESMEC**, v.19, n.23. Florianópolis: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.6**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. – 35. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. – São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida**. Texto incluído em 30 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://direitouemt1.wordpress.com/2011/08/30/11/>>. Acesso em 2014-11-14.

MORI, Maurizio. **Fecundação assistida e liberdade de procriação**. In: Revista Bioética – v.09, n.2, 2001.

MOYSÉS, Helena Carvalho. **O direito à concepção derivado do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de ser feliz**. In: De jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v.11, n.18 (jan/jun 2012). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2012.

NASCIMENTO, Fátima Regina Mibach do. **Adiamento do projeto parental: um estudo psicológico com casais que enfrentam a esterilidade**. 2009. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade de Campinas. Campinas, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Fundamentos da sucessão legítima. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Diálogos sobre direito civil – volume II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre Sucessão Testamentária, volume II**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

OLIVEIRA, Fátima. **As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos?** In: Revista Bioética, vol.09, nº02, 2001.

ORSELLI, Helena de Azeredo. **Questões controvertidas na filiação decorrente da reprodução assistida**. Revista jurídica – vol.1, n.1/2 (jan/dez 1997). Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas, 1997.

PASSOS, Ana Maria Maciel Bittencourt. **Direito à filiação e inseminação post mortem: uma solução à luz do direito positivo brasileiro.** 2009. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2009.

PATRIOTA, Lucia Maria. **Teoria das representações sociais: contribuições para a apreensão da realidade.** Serviço Social em Revista – volume 10, número 1 – jul./dez. 2007. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2007.

PEREIRA, Adriana Patrícia Campos. **O princípio do anonimato na reprodução assistida à luz do direito à identidade: a possibilidade de conhecer a origem biológica sem desconstituir a filiação afetiva.** 2006. Dissertação (Mestrado em Relações Privadas e Constituição) – Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, v.6. Direito das Sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Instituições de direito civil, v.5. Direito de Família.** 16ª ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Renata de Lima. **O direito ao anonimato do doador de sêmen versus o direito ao reconhecimento da identidade biológica: o que deve prevalecer?** In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; CASTRO, Celso Luiz Braga de; AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Novas perspectivas do Direito Privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 249-260.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Hierarquia entre gêneros de convivência na Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 98, p. 121-134, jan. 2003. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67582>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética.** – 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2005.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Procriação medicamente assistida.** Texto disponibilizado em 2004. Disponível em: <<http://www.balzaca.info/biologia/downloads/Debate%20aulas/procriacaomedicamenteassistida.pdf>>. Acesso em 2015-11-16.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial, Tomo LV.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. **Inseminação Artificial Post Mortem: Efeitos no Direito Sucessório.** Disponível em: <http://www.academia.edu/1802155/Inseminacao_Artificial_Post_Mortem_Efeitos_no_Direito_Sucessorio>. Acesso em: 2013-07-21.

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

_____. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). In: **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.271 – 309

REIS, Carolina Eloah Stumpf. **Direitos sucessórios na reprodução medicamente assistida**. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/porta1/sites/default/files/direitos_sucessorios_na_reproducao_medicamente_assistida.pdf>. Acesso 2014-11-02.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório na Legislação Vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>>. Acesso em: 2014-11-23.

RIOS-LIMA, Maria Galvão. **Um estudo sobre o adiamento da maternidade em mulheres contemporâneas**. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 88, p. 239-254, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. – 26. ed. rev e atual. por Zeno Veloso: de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUEZ, Fernanda Travassos; CARNEIRO, Terezinha Féres; HENRIQUES, Celia Regina. **Parentalidade tardia: o adiamento do projeto parental nos dias de hoje**. Anais do Congresso da ABRATEF. Disponível em: <<http://www.abratef.org.br/backup-2012/anaiscongresso2012/includes/theme/06/work/45.html>>. Acesso em 2014-10-01.

ROLLIN, Cristiane Flôres Soares. Paternidade Responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (org). **Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil, v.3**. Tradução da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos. 3. ed. inteiramente revista e adaptada aos novos Códigos Civis italiano e português pelos Prof. Antônio Chaves e bacharel Fabio Maria de Mattia. São Paulo: Saraiva, 1973.

RUSSO, José. **Entidades socioafetivas: do casamento à união estável e à monoparentalidade**. Dissertação (Mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

SANCHES, Mario Antonio. **Reprodução assistida: da parentalidade à metaparentalidade**. In: PORTO, Dora; GARRAFA, Volnei; MARTINS, Gerson Zafalon; BARBOSA, Swenderberger do Nascimento. **Bioéticas, poderes e injustiças: 10 anos depois**. Brasília: CFM/Cátedra Unesco de Bioética/SBB, 2012.

SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável: distinção entre planejamento familiar e controle da natalidade**. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. / 3. ed. Rio de Janeiro, RJ : Lumen Juris, 2008.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/>>. Acesso em: 2014-09-29.

SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Das consequências sucessórias da concepção *post mortem*: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica**. Trabalho publicado nos Anais do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte – MG em novembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/r1mau22a/439K5ezeKI4U1y1c.pdf>>. Acesso em 06 de abril de 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SIKORSKI, Christie Danielle. **Representações sociais do filho biológico construídas por mulheres que, ao vivenciar situações de infertilidade, optaram pela reprodução humana assistida**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas). Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2014.

SILVA, Paula Martinho da. **Perspectivas jurídicas portuguesas e europeias sobre a reprodução assistida**. In: Revista Bioética, vol.11, nº02, 2003.

SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flavio. **Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SOUZA, Allan Rocha de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. **Reprodução assistida, autonomia privada e personalidade: a questão dos embriões**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA – Salvador, realizado em Salvador - BA nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em 2014-10-10.

_____; _____. **Selecionando desejos e restringindo direitos: reflexões sobre a elegibilidade individual à reprodução assistida**. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2727.pdf. Acesso em 2015-11-16.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 2012.

SOUZA, Wagner Mota Alves. **Direito à procriação, técnicas de reprodução medicamente assistida e a doutrina *venire contra factum proprium* – a inseminação artificial heteróloga e o comportamento contraditório do cônjuge ou companheiro.** Aracaju: Evocati Revista n. 41, maio 2009 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=327>. Acesso em: 16/05/2016

STRAUBE, Kátia Maria. **Da família pensada à família vivida: estigma, infertilidade e as tecnologias conceptivas.** Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2007.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Apontamentos para a história do direito das sucessões português.** Lisboa: Universitas Olisponensis, 1963.

TRINDADE, Zeidi Araújo; ENUMO, Sônia Regina Fiorim. **Representações sociais de infertilidade feminina entre mulheres casadas e solteiras.** Psic., Saúde & Doenças, Lisboa, v. 2, n. 2, p. 5-26, nov. 2001 . Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-00862001000200001&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 maio de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito civil: direito das sucessões.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WARNOCK, Dame Mary. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology.** Londres: Her Majesty's Stationery Office, 1984.

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