

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

ALINE TEIXEIRA LINO

**LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST*
MORTEM VIA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

RUBIATABA – GO

2014

ALINE TEIXEIRA LINO



**LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST*
MORTEM VIA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Monografia apresentada à Faculdade FACER, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharelado em Direito, sob orientação da Professora Dnda. Erival de Araújo Lisboa Cesarino.

5-0514729

Tombo n.º:	20480
Classif:	
Ex:	1
Origem:	d
Data:	25-05-15

RUBIATABA – GO

FOLHA DE APROVAÇÃO

ALINE TEIXEIRA LINO

**LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST*
MORTEM VIA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Monografia apresentada à Faculdade FACER,
como requisito parcial para obtenção do título
de Bacharelado em Direito, sob orientação da
Professora Dnda. Erival de Araújo Lisboa
Cesarino.

Aprovada em: __ / __ / __

Prof. Esp. Marilda Ferreira Machado Leal
Co-orientador

Prof. Mtdo. Samuel Balduino Pires
Co-orientador

Prof. Dnda. Erival de Araújo Lisboa Cesarino
Orientadora

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, que por sua grandeza, abençoou-me, protegeu-me de tudo e concedeu-me a oportunidade de ter concluído essa etapa tão importante na minha vida, que Ele continue me guiando nessa longa jornada.

Aos meus pais, José Humberto e Valdeni, por terem me criado com tanta dedicação, amor e carinho, por terem me guiado no caminho certo e por estarem sempre me incentivando a superar os obstáculos que nos são propostos para irmos em busca dos meus sonhos.

À minha irmã Lídia, por toda a nossa amizade e carinho, agradeço por cada gesto e palavra amiga.

Aos meus professores e colegas da faculdade, por todo o aprendizado e experiências adquiridos nesses últimos cinco anos.

À minha orientadora Erival, pela profissionalidade, pelo desejo em querer ensinar e dar o melhor de si, pela paciência e por estar sempre disposta a ajudar.

A todos que de certa forma contribuíram com seu apoio e confiança em mim depositados.

Agradeço imensamente a todos vocês.

À minha mãe, por nos oferecer tanto amor e carinho, por cada segundo de sua vida. Dedico-lhe esse trabalho não só por ter me dado a vida, por ter me ensinado as primeiras palavras ou a dar meus primeiros passos, mas por ser essa pessoa admirável, cheia de bondade e doçura, que me ensinou valores nobres da vida, sobretudo o bom caráter e a humildade. O que me ensinou levarei comigo por toda a minha vida, pois foi de grande valia!-

“Em tempos de grandes mudanças, aqueles com a capacidade de aprender herdarão a terra, enquanto aqueles que já sabem tudo estarão preparados para um mundo que não existe mais.”

Eric Hoffer

RESUMO

Este trabalho traz o problema da não legitimidade do filho concebido por reprodução medicamente assistida *post mortem* e tem vistas a traçar uma solução plausível ao assunto, possibilitando que a omissão do ordenamento civil brasileiro seja sanada, de modo que se legitime o filho concebido *post mortem* como herdeiro, deixando de lado a ideia de que ele somente sucederá de forma testamentária. Destarte, serão apresentados os temas basilares à sustentação do assunto, aspectos históricos e características da instituição familiar e também das diferentes técnicas de reprodução assistida, sobretudo da reprodução assistida *post mortem*. Também serão abordados, princípios constitucionais relacionados à bioética e ao biodireito, as posições doutrinárias sobre o assunto, alguns casos de grande repercussão quanto ao tema. Assim, utilizar-se-á o método indutivo e o hipotético-indutivo, trabalhando com hipóteses, sendo uma pesquisa bibliográfica, com materiais já publicados, incluindo doutrinas, periódicos e *sites* eletrônicos. Apresenta-se como um meio de sanar o problema, possibilitando o tratamento igualitário aos entes que se encontram em mesma posição familiar, resguardando o disposto no bojo constitucional.

Palavras-chave: Reprodução assistida *post mortem*. Sucessão. Legitimidade. Igualdade.

ABSTRACT

This work brings up the problem of non-legitimacy of the child conceived by assisted reproduction *post mortem* and has views to draw a plausible solution to the issue, allowing the failure of the Brazilian civil rules is resolved, so that it legitimizes the child conceived *post mortem* as heir, leaving aside the idea that he only succeed testamentary form. Thus, will present the basic themes to support the subject, historical aspects and characteristics of the family institution and also the different assisted reproduction techniques, especially of assisted reproduction *post mortem*. Will also be addressed, constitutional principles related to bioethics and biolaw, the doctrinal positions on the subject, some high-profile cases on the subject. Thus, one will use it inductive method and the hypothetical-inductive, working with hypotheses, and a literature search, with material already published, including magazines, newspapers and electronic sites. It is presented as a means of solving the problem, allowing equal treatment for entities that are in the same family position, protecting the constitutional provisions of the bulge.

Keywords: assisted reproduction *post mortem*. Succession. Legitimacy. Equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE RELATO ACERCA DE DIREITO SUCESSÓRIO E REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA	13
2.1 DIREITO SUCESSÓRIO	13
2.1.1 Aspectos históricos	14
2.1.2 Abertura da sucessão	16
2.1.3 Espécies de sucessão	17
2.1.4 Espécies de sucessores	19
2.1.5 Legitimação para suceder	20
2.2 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA	21
2.2.1 Aspectos históricos	23
2.2.2 Métodos de reprodução humana medicamente assistida	26
2.3 A PRÁTICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL E SEUS ASPECTOS FRENTE À BIOÉTICA	30
3 A BIOÉTICA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO BIODIREITO	33
3.1 NOÇÕES E PRINCÍPIOS REFERENTES À BIOÉTICA	33
3.1.1 Princípios	35
3.2 NOÇÕES E PRINCÍPIOS REFERENTES AO BIODIREITO	38
3.2.1 Princípios	39
3.3 MATERIALIZAÇÃO DA BIOÉTICA	41
3.4 A FINALIDADE DO BIODIREITO E O BEM COMUM	43
4 O FILHO CONCEBIDO <i>POST MÔRTEM</i> FRENTE AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E AS NORMAS JURÍDICAS BRASILEIRAS	46
4.1 ESTUDO DE CASOS E O DIREITO BRASILEIRO	46
4.1.1 Visão sobre o caso Parpalaix	46
4.1.2 Anotações sobre o caso Niels	47
4.2 A APLICABILIDADE DAS FONTES DO DIREITO COMO FORMA DE SANAR OMISSÕES	49
4.2.1 A analogia aplicada aos artigos 1.798 e 1.799, inciso I do ordenamento civil brasileiro e a segurança jurídica dos herdeiros	50
4.2.2 A relevância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico	54
4.3 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO CONTEXTO ATUAL	55

5 A BUSCA PELA LEGITIMIDADE DO “HERDEIRO” CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	58
5.1 REFLEXOS DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> NO ÂMBITO SUCESSÓRIO	58
5.2 PAPEL DO OPERADOR DO DIREITO E A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	62
5.3 POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO IGUALITÁRIO DE TODOS OS FILHOS, SEM EXCEÇÃO	63
5.3.1 A minoria doutrinária a favor da legitimação	64
5.4 OMISSÃO DO CÓDIGO CIVIL FRENTE AO PROBLEMA	65
5.4.1 Propositura da devida ação	66
5.5 MATERIALIZAÇÃO DO OBJETIVO	67
6 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O direito civil é bastante amplo, pois rege muitas ações que o ser humano pratica corriqueiramente dentro da sociedade, seja na esfera patrimonial, familiar e etc. E, em se tratando de família, o ordenamento civil traz detalhadamente todos os assuntos pertinentes, com bastante clareza. Entretanto, ocorre que, a família é uma instituição que está em uma constante fase de mudanças, apresentando a cada dia assuntos mais pertinentes a serem respaldados. E, dessa feita, as leis devem primar pelo interesse e anseios dos indivíduos enquanto sociedade.

Assuntos polêmicos vêm fazendo parte do dia a dia, como a decisão da Suprema Corte ao aprovar a união homoafetiva, bem como a possibilidade de utilização de matéria genética do falecido após a sua morte, este o qual será abordado no presente trabalho. Diante dessa hipótese de utilização do material genético do *de cuius* em reprodução humana medicamente assistida têm-se alguns pré-questionamentos, tais como o tratamento distinto dado à prole concebida por esse método artificial após a morte, em relação aos demais filhos concebidos em vida.

De modo a se fazer cumprir o que está disposto na Constituição Federal é que esse tema foi proposto, com vistas à preservação do princípio da igualdade primado em seu âmbito, pois os filhos devem ser tratados, em direito, de forma igualitária e não discriminatória, sendo certo que qualquer discriminação é considerada atentatória ao princípio em comento.

Assim, utilizar-se-á o princípio da igualdade, preceituado na Constituição Federal, e também algumas posições doutrinárias de modo a embasar os argumentos que posteriormente serão apresentados de forma a equiparar os filhos concebidos *post mortem* aos herdeiros legítimos.

Quanto aos direitos inerentes aos filhos, alguns são negados ao filho concebido *post mortem*, como os direitos sucessórios. E, sendo essa a problemática, far-se-á uma análise sobre os principais aspectos inerentes à família, à reprodução humana medicamente assistida, à bioética e ao biodireito, abordando-os sobre o prisma doutrinário, buscando uma solução plausível ao assunto. Para tanto, é necessário que se busque resguardar possíveis direitos com base na igualdade entre todos os herdeiros, principalmente o direito à legitimidade do herdeiro concebido por reprodução medicamente assistida *post mortem*.

Diante da omissão da lei para com os indivíduos gerados por reprodução humana medicamente assistida *post mortem* é que se faz necessária a apresentação deste, pois essa lacuna, atualmente, está sendo sanada por analogia, porém desrespeita os princípios constitucionais assegurados na própria Constituição Federal. A partir daí, torna-se de valorosa importância analisar esse assunto sob o prisma jurídico-social, de forma a atender aos anseios de indivíduos desprovidos de certos direitos.

Tem-se por objetivo maior possibilitar a equiparação dos herdeiros concebidos por reprodução humana medicamente assistida *post mortem*, para que venham a suceder de forma legítima, igualando-se aos demais herdeiros, e, conseqüentemente, atender ao exposto na lei constitucional.

No Capítulo 1, analisar-se-á de um modo geral, aspectos no âmbito do direito de família e sucessões, bem como as diversas práticas de reprodução humana medicamente assistida existentes, correlacionando-as com o ordenamento jurídico brasileiro vigente, de modo que se embase todo o assunto que será posteriormente abordado nos capítulos que se seguirão.

No Capítulo 2, serão relacionados os principais pontos acerca da bioética e do biodireito, demonstrando seus princípios bem como suas relações com os princípios constitucionais, além de expor comentários a algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM, orientando e estipulando certos pontos relevantes ao trabalho, e também seus principais aspectos e benefícios, respeitando os princípios básicos da pessoa humana.

No Capítulo 3, será analisada a omissão trazida pelo Código Civil, bem como serão apresentadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Uma defendendo o disposto na Constituição Federal no que diz respeito à igualdade entre os filhos, e outra dando mais ênfase no princípio da segurança jurídica, não assegurando igualdade entre os filhos. Serão utilizados casos concretos de forma a demonstrar melhor o problema, bem como hipóteses a fim de sanar tal omissão.

No Capítulo 4, tratar-se-á de dar um provimento ao problema, com a finalidade de possibilitar o tratamento igualitário aos herdeiros concebidos por reprodução medicamente assistida *post mortem*, fazendo com que a Lei Maior seja respeitada e que prevaleça o princípio da igualdade, amparando todos os que se encontrem em igual situação, não deixando que normas não dispostas os desamparem.

Surgiram, ante o assunto, algumas correntes doutrinárias buscando dispor sobre o mesmo. Uma corrente nega a capacidade sucessória ao filho concebido pelo método após o

falecimento de seu genitor, não fazendo jus à sucessão e, em contrapartida, a outra corrente doutrinária defende que a criança advinda pelo método de reprodução após a morte de seu genitor não pode ficar desamparada, sendo portadora de iguais direitos em relação aos outros filhos. Nesse sentido, o legislador deve buscar atender aos anseios jurídicos e sociais, manifestando-se ao cumprimento fiel do texto constitucional, visto que uma afronta à lei maior acarretaria em vícios quanto à norma que está sendo aplicada.

A pesquisa será fundamentada em trabalhos mais avançados, já publicados. Quanto à abordagem, a pesquisa será qualitativa, ou seja, não se faz necessário o uso de métodos e técnicas estatísticas, a interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados já é o suficiente. Do ponto de vista de seus objetivos, a pesquisa será exploratória, tornando o problema explícito e construindo hipóteses, envolvendo bibliografias, análises de casos concretos que estimulem a compreensão e, proporcionando maiores informações sobre o assunto. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, a pesquisa será bibliográfica, com utilização de fontes secundárias, visto que, foi elaborada a partir de materiais publicados em livros, artigos periódicos e materiais disponíveis na internet.

A metodologia utilizada para fundamentar melhor o trabalho e, também, para que se consiga chegar aos fins, qual seja o de tratar a omissão trazida pelo próprio Código Civil das mais diversas formas, de modo a fazer valer o que preceitua a Constituição Federal, será desenvolvida por meio de compilação de dados e pesquisas, colocando em cena os diferentes aspectos doutrinários, levando em consideração as contraposições, bem como as fundamentações jurídicas. Por fim, os métodos a serem utilizados são o indutivo e o hipotético-dedutivo, fundamentado na necessidade de formulação de conjecturas e hipóteses ou evidências. Também serão utilizadas citações diretas e indiretas.

Por ser a técnica de reprodução artificial *post mortem* um assunto ainda não resolvido no ordenamento jurídico, e que implica em diversas interpretações, faz-se necessário seu estudo a partir da Constituição Federal, a qual traz alguns princípios que não podem deixar de serem observados e, também do Código Civil, o qual deve ser estudado com rigor a fim de que se solucione o problema atraído pela sua omissão.

2 BREVE RELATO ACERCA DE DIREITO SUCESSÓRIO E REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

A princípio, faz-se necessária uma análise minuciosa dos assuntos basilares e primordiais para o entendimento e o desenvolvimento do trabalho, abordando o conteúdo histórico, bem como a situação atual do Direito sucessório e da reprodução humana medicamente assistida *post mortem*¹. As ciências sociais, representada pelo direito positivo em seu aspecto sucessório vão de encontro e estreitam suas relações com as ciências biológicas, responsáveis por avanços científicos e desenvolvimento de métodos, inclusive a reprodução humana medicamente assistida, a qual há um tempo era considerada impossível. Desse estreitamento, resulta um termo em latim muito utilizado e que faz-se mister cumpri-lo: “*ubi jus ibi societas, ubi societas ibi jus*”², ou seja, o Direito está para a sociedade e, a sociedade está para o Direito.

2.1 DIREITO SUCESSÓRIO

Etimologicamente, o termo “sucessão” é derivado do latim “*successio*, de *succedere*”, propondo uma sequência de fatos e de coisas, de maneira ordenada e contínua. Significa ainda, conforme etimologia jurídica, “a vinda de coisa ou de pessoa para colocar-se no lugar, ou na posição ocupada por outra, investindo-se na mesma situação jurídica, que mantinha a outra coisa ou a outra pessoa” (MIRANDA, 2013, p. 3).

Empregada em sentido amplo, a palavra sucessão tem o sentido de substituir “pessoa física ou jurídica por outra, que assume todos os direitos e obrigações do substituído ou sucedido, pelos modos aquisitivos existentes” (LISBOA, 2004, p. 367). Porém, o direito sucessório a utiliza de forma estrita, aplicando-se ao evento *causa mortis* e, significa o ato pelo qual uma pessoa substitui outra na titularidade de um conjunto de direitos e obrigações, em razão da morte. Dessa forma, transmite-se aos sucessores todo o patrimônio do *de cuius*, autor da herança, compreendendo ativos e passivos. O doutrinador Rodrigues (2002, p. 3) infere:

¹ Depois (após) da morte. **Dicionário de Brocardos Jurídicos Latinos. Ope Juris – Por força do Direito.** Disponível em: www.opejuris.com/search/label/P. Acesso em: 08 set. 2014.

² O direito está para a sociedade e, a sociedade está para o direito. **Dicionário de Brocardos Jurídicos Latinos. Ope Juris – Por força do Direito.** Disponível em: www.opejuris.com/search/label/U. Acesso em: 08 set. 2014.

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

O direito de herança vem assegurado na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX e, proporciona, conforme a ordem de vocação hereditária, prioridade à propriedade dos ascendentes aos descendentes. Assim, faz-se importante destacar que, não só o interesse privado prevalece, mas o Estado também possui. O Estado assegura constitucionalmente a ideia de proteção à família, de forma que esta possa garantir seu próprio sustento, pois a família é considerada a base de tudo, portanto, garante-se o direito de herança aos sucessores.

2.1.1 Aspectos históricos

Antes de qualquer coisa, é importante se observar um instituto o qual possui grande importância ao direito das sucessões e a ele é intrínseco: a família. Esta, segundo a Constituição Federal do Brasil, mais precisamente no *caput* do artigo 226 é aclamada como a base da sociedade, gozando de especial proteção do Estado, por isso faz-se mister expor algumas considerações antes de adentrar na questão histórica das sucessões.

Na antiguidade, família significava algo além de laços sanguíneos, afetivos ou coercitivos. Para os gregos, o termo designava “aquilo que está perto do fogo”, literalmente, visto que, considerava-se a família um grupo de pessoas que veneravam e faziam ofertas aos mesmos deuses, os quais representavam seus antepassados, dando continuidade ao culto do fogo sagrado (COULANGES, 1961, p. 35).

Segundo Coulanges (1961, p. 34), o que uniu os membros da família antiga foi algo mais poderoso: não deixar que o culto do fogo sagrado se perdesse, valorizar os antepassados era o fundamental, pois dignificava o defunto, não deixando que sua alma se perdesse. Ou seja, o defunto não era considerado por suas obras enquanto vida, mas por obras dos seus descendentes depois de sua morte e, sua salvação dependia do culto de sua família. Detalhe interessante é que a religião era o ponto primordial da família antiga e, enquanto faziam oferendas e banquetes fúnebres, pediam proteção a seus deuses. E mais (COULANGES, 1961, p. 35):

Se nós nos transportarmos em pensamento para o seio dessas antigas gerações de homens, encontraremos em cada casa um altar, e ao redor desse altar a família reunida. Ela se reúne cada manhã, para dirigir ao fogo sagrado suas preces; e cada noite, para invocá-lo uma vez mais. Durante o dia, a família reúne-se ainda ao seu redor para as refeições, que dividem piedosamente depois da prece e da libação. Em todos esses atos religiosos, canta em comum os hinos que seus pais lhe ensinaram.

(...) a morte não os separou. Nessa segunda existência permanecem juntos, e continuam a formar uma família indissolúvel. Entre a parte viva e a parte morta da família não há senão essa distância que separa a casa do túmulo.

(...)

A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural.

Com o intuito de dar continuidade ao culto aos mortos, cada família deveria perpetuar-se. Assim, foram criadas várias regras, com o objetivo de não extinguir a descendência, dentre elas cita-se a obrigatoriedade do casamento, visto que somente os filhos concebidos dentro do casamento é que poderiam dar sequência à religião e, a filha não poderia continuar o culto, porque quando se casasse renunciaria à religião do pai para seguir à do marido, ensina Coulanges (1961, p. 58).

Em hipótese nenhuma o lar poderia ficar abandonado e a religião familiar deveria ser mantida, de forma que o direito de propriedade pudesse ser conservado. No direito romano, como o sucessor daria continuidade ao culto familiar, substituía o morto em todas as relações jurídicas, até mesmo nas relações extrapatrimoniais (COULANGES, 1961, p. 61).

Surge assim, a ideia de sucessão ligada à incumbência de continuidade da religião e da família. Este instituto remonta à época em que o homem deixou de ser nômade, fixando-se em um único território, fazendo surgir a noção de constituição de patrimônio, adquirindo bens e acumulando riquezas. Coulanges (1961, p. 62) contempla:

Para se fazer uma ideia verdadeira da herança entre os antigos não é necessário pensar em uma fortuna que passa de mão em mão. A fortuna é imóvel, como o fogo sagrado e o túmulo aos quais está unida. O homem é que passa. É o homem que, à medida que a família estende suas gerações, chega à hora marcada para continuar o culto e cuidar de seu domínio.

(...)

A linguagem jurídica de Roma chama o filho de *heres suus*, como se dissesse: *heres sui ipsius*. Com efeito, ele não herda senão de si próprio. Entre o pai e ele não há nem doação, nem legado, nem mudança de propriedade. Há simplesmente continuação: Morte *parentis continuatur dominium*. — Ainda em vida do pai, o filho era coproprietário do campo e da casa: *Vivo quoque patre dominus existimatur*.

O Código de Manu dispunha que, após o falecimento do pai, os irmãos dividiriam o patrimônio entre si e, as irmãs não tinham nenhum direito à sucessão. Somente quando

iriam se casar, os irmãos davam dotes à família do marido das irmãs. E ainda, Coulanges (1961, p. 69) destaca sobre o ato de deixar bens em testamento:

O direito de testar, isto é, de dispor dos próprios bens depois da morte, para deixá-los a outros que não o herdeiro natural, estava em oposição com as crenças religiosas, que eram o fundamento do direito de propriedade e do direito de sucessão.

(...)

Ligada à família, ela se transmitia do morto ao vivo, não de acordo com a vontade ou escolha do morto, mas em virtude de regras superiores que a religião havia estabelecido.

Convém ressaltar que, sendo o culto hereditário, não se poderia testar sobre os bens, visto se tratar não de direito de propriedade individual, mas de propriedade pertencente à família, pois “o homem não a adquiriu por direito de trabalho, mas pelo culto doméstico” (COULANGES, 1961, p. 69).

A antiga religião trazia também, além da diferenciação entre filhos e filhas, o direito de primogenitura. Dessa forma, somente o filho mais velho teria direito a dar continuidade ao culto doméstico: “O mais velho — diziam os antigos árias — foi gerado para o cumprimento do dever para com os antepassados; os outros nasceram por amor” (COULANGES, 1961, p. 69).

Com o passar dos séculos, essas diferenciações foram superadas. O Código Civil Brasileiro de 1916 ainda trazia certas discriminações, pois não eram considerados legítimos os filhos adotivos ou os concebidos fora do casamento, portanto não tinham direito em relação à sucessão. O artigo 337 do Código Civil de 1916 trazia que: “são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé”.

Há hoje o tratamento de forma igualitária entre todos os filhos, a própria Constituição Federal do Brasil assegura em seu artigo 226, §7º, a paridade de direitos, inclusive os sucessórios, entre todos os filhos, incluindo os adotivos, os havidos fora da relação matrimonial e os concebidos por métodos artificiais.

2.1.2 Abertura da sucessão

Também denominada delação ou devolução sucessória, a abertura da sucessão vem a beneficiar, desde logo, os herdeiros. É de se saber que, a existência da pessoa natural termina com a morte real e é no instante que ocorre o óbito que se abre a sucessão, transmitindo-se, automaticamente, a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de*

cujus, conforme preceitua o artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro de 2002. Tem-se que, verificada a morte do autor da herança, é declarada a abertura da sucessão, que tem como instrumento próprio o inventário, seguindo o princípio de *saisine*. Destarte, Monteiro ainda (2003, p.14) explica:

Esse princípio vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independente de qualquer formalidade, logo que se abre a sucessão, investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário. Dessa máxima *le mort saisit le vif* surgiu o termo *saisine*, e, pois *saesina jûris*, pelo qual os velhos práticos assinalavam a transmissão da herança.

O princípio ora referido traz alguns efeitos, fazendo valer que a lei vigente à época da abertura da sucessão é que irá regular a legitimação para suceder, além disso, vem estabelecer que, o herdeiro sobrevivente ao *de cuius*, ainda que por poucos instantes, herda os bens deixados e os transmite aos seus sucessores, caso faleça em seguida, é o que se chama de comoriência.

O artigo 1.785 do Código Civil de 2002 dispõe que o foro competente para o processamento do inventário, mesmo que o óbito tenha ocorrido no exterior, é o lugar do último domicílio do falecido. Entretanto, se o *de cuius* não tinha domicílio certo, abrir-se-á a sucessão onde estiverem situados os bens, ou ainda, no local onde ocorreu o óbito, obedecendo a esta ordem.

2.1.3 Espécies de sucessão

Quanto à sua forma, o artigo 1.786 do atual Código Civil Brasileiro traz que pode ser legítima, ou *ab intestato*, a qual se dá em virtude de lei, transmitindo-se a herança a seus herdeiros legítimos indicados na lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária, caso a pessoa venha a óbito sem deixar testamento, ou se este caducar ou for julgado nulo. A ordem de vocação hereditária se dá sob a forma de exclusão, Gomes (2004, p. 42) ensina:

Ao estabelecer a hierarquia das classes, a lei não se limita a apontar destinatários da sucessão. Atribui-lhes, do mesmo modo, o direito de suceder, deferindo-o a quem se encontre na classe chamada e, dentro dela, a quem tiver preferência.

Ou pode ser também de forma testamentária, decorrente de ato de disposição de última vontade, representada por testamento ou codicilo. Nesse caso, o testador só poderá dispor da metade da herança, pois outra parte é resguardada sob a denominação de legítima e

só pode ser testada de forma livre e plena caso não existam herdeiros necessários, preceitua o Código Civil.

O testamento é ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual o testador dispõe de seu patrimônio em favor de certas pessoas, com efeito universal ou singular. Rodrigues (2002, p. 145) entende que testamento é:

Negócio jurídico unilateral, pois se aperfeiçoa com a exclusiva manifestação de vontade do testador. Personalíssimo porque sua feitura reclama a presença do testador, afastada a interferência de procurador. Solene porque a lei estabelece forma rígida para sua feitura, sob pena de invalidação. Gratuito porque o testador não visa, em troca de sua liberalidade feita *causa mortis*, a nenhuma vantagem correspondente. E revogável porque pela ilimitada prerrogativa de revogar o ato de última vontade, assegura o legislador, a quem testa a mais ampla liberdade; assim, a mera existência de um testamento ulterior válido, se for incompatível com o anterior, revoga o mais antigo, uma vez que o direito de dispor de seus bens só se exaure com o falecimento da pessoa.

A sucessão poderá ser simultaneamente legítima e testamentária quando o testamento não compreender todos os bens do *de cuius* e, deverá ser necessariamente legítima e testamentária, caso existam herdeiros necessários, obrigando que se resguarde a legítima. Outro aspecto importante é a não admissão no ordenamento jurídico brasileiro da sucessão contratual, pois não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva. Porém, asseguram-se aos pais partilharem o patrimônio entre os descendentes enquanto em vida, conforme artigo 2.018 do Código Civil brasileiro.

Quanto aos efeitos, pode ser a título universal, quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade da herança ou em parte dela, sem especificar bens, podendo ocorrer tanto na sucessão legítima quanto na testamentária. Não significa necessariamente que uma só pessoa herdará a totalidade da herança, pois pode haver vários herdeiros com frações diferentes cada um (RODRIGUES, 2002 p. 2). E ainda explica (2002, p. 2):

A sucessão se processa a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do *de cuius*, ou em uma parte alíquota deles, ou seja, o sucessor se sub-roga na posição do finado, como titular da totalidade ou em parte da *universitas iuris*, que é o seu patrimônio, de modo que, da mesma maneira que investe na titularidade de seu ativo, assume a responsabilidade por seu passivo.

A título singular se dá quando o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado, de forma individuada, como ocorre no caso dos legados. Nesse caso, o herdeiro é chamado legatário e só responde pelo passivo da herança caso o testador tenha lhe estabelecido cumprimento de alguma obrigação. Bem explica Rodrigues (2002, p. 18) que, o

legatário “sucede ao falecido a título singular, ou seja, determinado bem destaca-se da herança, como coisa certa e individuada, para incorporar-se ao patrimônio do legatário”.

2.1.4 Espécies de sucessores

Em relação às espécies de sucessores, a doutrina classifica-os em herdeiros e legatários, sendo que os herdeiros se subdividem em legítimos, testamentários e necessários (COELHO, 2012, p.233). Os herdeiros legítimos são aqueles que vêm arrolados em lei, seja na ordem de vocação hereditária, seja em lei especial, como é o caso da sucessão decorrente do companheiro em união estável. O *de cuius* transmite a totalidade de bens ou quota-parte da herança cabível a cada um dos herdeiros. Veja:

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

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

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Os herdeiros testamentários, também conhecidos como herdeiros instituídos, são aqueles beneficiados por ato de disposição de última vontade, podendo indicar herdeiros legítimos, de modo a lhes favorecer em relação aos seus concorrentes. Podem suceder tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas, com exceção das pessoas jurídicas de direito externo, consideradas absolutamente incapazes.

Outra impossibilidade decorrente do Código Civil brasileiro é a questão do indivíduo não concebido até a morte do testador, salvo se houver disposição testamentária a favor da prole eventual de pessoa indicada pelo testador, desde que viva à época da abertura da sucessão.

Nas palavras de Gomes (2004, p. 40), “todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário”. Sobre os herdeiros necessários, compreendem os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme aduz o artigo 1.845 do Código Civil. E, o artigo seguinte traz mais: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. Ou seja, os herdeiros necessários têm direito à metade disponível do acervo, da qual não podem ser privados em razão de disposições de última vontade.

Os herdeiros necessários só podem ser privados de seus direitos sucessórios caso sejam declarados indignos ou haja causa para sua deserção. A simples cláusula testamentária não é instrumento próprio para que esses efeitos sejam declarados. A limitação da liberdade de testar é atribuída em razão da proteção aos herdeiros necessários sob a legítima.

Os legatários, como já mencionados no item anterior, não são considerados herdeiros, visto que não sucedem na universalidade, mas somente em bens determinados a título singular. Só pode ser feito via testamentária e há a possibilidade de o herdeiro ser também legatário, quando for mencionado em testamento de modo a receber bem específico, passando a ser denominado prelegatário (COELHO, 2012, p. 240).

2.1.5 Legitimação para suceder

Como toda regra tem sua exceção, aqui não seria diferente – a ilegitimidade é a exceção. Devido o caráter *intuitu personae* da herança, somente pessoas vivas, sendo tanto naturais como jurídicas, e já concebidas podem ser herdeiras. Portanto, não se legitimam: objetos inanimados, entidades místicas e animais. E, qualquer disposição que contrarie o disposto, poderá ser declarada a sua caducidade, aduz Coelho (2012, p. 245).

O artigo 1.798, do Código Civil ainda resguarda os direitos do nascituro, legitimando, além das pessoas já nascidas, as que já foram concebidas no momento da abertura da sucessão. Essa é a regra trazida pela sucessão legítima, deixando claro que, a pessoa ainda não concebida não poderia ser herdeira.

Em relação à sucessão testamentária, o artigo 1.799 do Código Civil prescreve que podem vir a suceder: “I — os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II — as pessoas jurídicas; III — as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”.

Cumpre-se ressaltar que, até o presente momento, os principais aspectos relativos à sucessão foram abordados, como um meio para o esclarecimento do tema da pesquisa. Contudo, em relação ao artigo 1.799, merece enfoque o seu inciso I, visto se tratar de exceção à regra trazida pelo artigo 1.798 do Código Civil. Este inciso permite a instituição em favor da prole eventual, restrita aos filhos de pessoa designada pelo testador e que esteja viva ao abrir-se a sucessão.

No que diz respeito à prole eventual, é estipulado um “prazo de espera”, em que o período de dois anos após a abertura da sucessão será resguardado. E, transcorrido esse prazo sem que o herdeiro esperado fosse concebido ou viesse a nascer morto, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, em conformidade com o artigo 1.800, §§ 1º ao 4º do Código Civil.

Em se tratando de prole eventual, o Código Civil atual faz menção somente aos não concebidos de terceiro, quanto aos direitos sucessórios, e se mostra obsoleto quanto aos avanços científicos existentes e que são praticados no Brasil, como a questão dos vários tipos de reprodução humana medicamente assistida, inclusive a reprodução *post mortem*, a qual será objeto de análise nos capítulos subsequentes.

Em princípio, o Código Civil brasileiro, assim como grande parte da doutrina, não admite direitos sucessórios àquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em razão da morte e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Assim, mostra-se um assunto desafiador, pois há um enorme confronto entre legislação civil brasileira e a Constituição Federal, sendo esta a base de todo o ordenamento jurídico do país, devendo, todos, estarem de acordo com seus princípios.

Do mesmo modo em que o artigo 226, §7º da CF consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos e proíbe qualquer distinção ou discriminação, o Código Civil contraria tal dispositivo, pois, por analogia, não trata como sucessores legítimos os filhos resultantes de reprodução medicamente assistida homóloga, posterior ao falecimento do pai. Essa divergência deve ser resolvida de imediato, de forma que faça cumprir o preceito constitucional, proibindo designações discriminatórias entre os filhos. E, com o intuito de esclarecer todo esse processo, faz-se necessário dispor, sobre as diversas formas de reprodução assistida, análises sobre questões bioéticas, a fim de se construir uma linha de raciocínio para resolver essa divergência apresentada.

2.2 REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Todas as ciências são estritamente ligadas umas as outras e, não é diferente a relação que se dá entre ciências biológicas e sociais. Um exemplo é a questão da regulamentação de certos métodos descobertos por cientistas, apresentando uma íntima relação com o Direito, pois este vem como meio de controle das relações dos indivíduos em

sociedade, trazendo condutas que devem ser visadas, de forma que prevaleça a harmonia social, colocando termo ao interesse particular em detrimento do interesse comum. Contudo, deve-se buscar maior empenho em dispor, de forma precisa, os principais questionamentos acerca de certos assuntos e, também deste, que vem se mostrando tão importante nos dias atuais, qual seja a positivação das técnicas de reprodução assistida no Brasil.

A reprodução humana medicamente assistida consiste na utilização de técnicas laboratoriais e artificiais, vindo o homem a interferir no processo de procriação utilizando-se de métodos diversos dos tradicionalmente conhecidos. E, surge como meio de concretizar o desejo de descendência àqueles que acreditavam que esse direito seria utopia em relação a eles e aos problemas apresentados pelos mesmos.

Para a doutrinadora Diniz (2006, p. 551), a reprodução humana medicamente assistida consiste no “conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”. Assim, essas técnicas vêm auxiliando na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando todo o processo de reprodução, trazendo métodos eficazes a fim de reverter o quadro da infertilidade, propondo ao ser humano o direito à descendência.

Leite (1995, p. 12), defende a utilização das técnicas de reprodução humana medicamente assistida e descreve que “as procriações artificiais surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefícios de um casal estéril. E o papel da medicina tem ocupado posição decisiva e fundamental no projeto parental.” E, mais:

O desejo de ter filhos não é apenas resultante do instinto de reprodução; atualmente, ninguém o contestaria, este desejo é reconhecido como uma aspiração legítima do casal. Quando esta aspiração não pode ser atingida naturalmente, através da procriação carnal, entra em cena a procriação artificial.

Desse modo, pode-se inferir que, a reprodução humana medicamente assistida surgiu como meio de legitimação a fim de satisfazer o desejo de ter filhos, beneficiando pessoas estéreis. A Declaração Universal dos Direitos do Homem reconhece a reprodução assistida como sendo direito de todos e dispõe sobre o dever de serem respeitados os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, disciplinando o direito de constituir família, ou seja, o planejamento familiar como livre, não podendo ser restringido ou condicionado (art. 226, §7º da CF). Na Constituição Federal do Brasil, esse direito está inteiramente ligado à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade de consciência e de crença, ao incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento científico. Sendo

assim, por se tratar problemas de saúde pública, o Estado deve garantir o acesso a esse tipo de tratamento.

2.2.1 Aspectos históricos

Em regra, toda família devia perpetuar-se, não podendo permitir, sob nenhuma hipótese, a extinção da descendência. Ou seja, após a morte, o homem “era considerado pessoa feliz e divina, com a condição, porém, de que os vivos lhe oferecessem continuamente banquetes públicos. Se essas ofertas cessassem, o morto decairia para uma esfera inferior, tornando-se demônio desgraçado e malfazejo” (COULANGES, 1961, p. 69). Dessa forma, acreditavam que a felicidade do morto não dependia de seus atos enquanto vivo, mas na conduta que seus descendentes tinham em relação ao mesmo.

Por esse motivo, a questão de ter filhos era essencial, pois cada pai esperava a perpetuação de seu culto familiar. Um ponto interessante de ser mencionado é que, os filhos homens é que seriam encarregados de propagar o varão de seu sangue, havendo assim, a exclusão das filhas. Caso o pai tivesse somente filhas, as leis antigas previam a possibilidade de adoção, perdendo o adotado, ligações com o culto da família anterior, ou também poderia dar a filha em casamento, de forma que o marido desta ou seus descendentes pudessem continuar o culto a ele, afirma Coulanges (1961, p. 73).

Como se pode notar, ter filhos era questão essencial para uma família, sobretudo, para o pai, detentor do poder familiar. O princípio da família não era o afeto natural, pois não davam importância aos sentimentos, ao parentesco, muito menos à força física, o que realmente interessava era a religião do fogo sagrado. A família se mostrava mais como uma associação religiosa.

Sendo a hereditariedade a base de tudo, de forma a disseminar o culto familiar, a questão da esterilidade era mal vista e consistia em degradação ao grupo familiar no meio social. Como isso era inaceitável, era assegurado o direito ao homem de repudiar a mulher estéril, porque a família, tão enaltecida, não deveria se extinguir. Importa-se observar que, a “culpa” pela impossibilidade de se obter prole era da mulher e, que a noção de esterilidade do casal adveio muito depois, precisamente, por volta do século XVII (COULANGES, 1961, p. 88).

Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, a infertilidade está associada à ideia de incapacidade que um casal possui para alcançar a concepção ou levá-la até o fim, no

lapso temporal de um ano, sem uso de métodos contraceptivos. Dessa forma, a dificuldade de procriação vivida por muitos casais impulsionou ainda mais os estudos a cerca do desenvolvimento de métodos conceptivos artificiais e, houve avanços significativos na área, com o objetivo de proporcionar o sentimento de realização familiar.

Acredita-se que, segundo a lenda, a primeira técnica de reprodução artificial iniciou-se em 1332, realizada pelos árabes, em equinos. E, segundo a história, em 1779, o monge italiano Lázaro Spallanzani demonstrou ser possível a fecundação de uma fêmea sem contato direto com o macho. E, somente após esses feitos é que surgiu a inseminação em seres humanos (MOURA, 2009, p.23).

De acordo com relatos, a primeira experiência comprovada de inseminação artificial exitosa em seres humanos data de 1791, realizada pelo médico inglês John Hunter, que inseminou a esposa de um lorde inglês utilizando o material genético deste. A partir daí, esses estudos foram ganhando força (MOURA, 2009, p.25).

Em 1878, Schenk, na tentativa de fertilizar óvulos de cobaias, incubou sem êxito oócitos foliculares com espermatozoides e, começaram-se os estudos sobre a fertilização *in vitro*. Mas a técnica só veio a ganhar consistência quando se descobriu a possibilidade de congelamento de embriões na fase de pré-implantação. No intervalo entre 1875 e 1890, concluiu-se que a fertilização é constituída pela união do núcleo de um espermatozoide com o de um óvulo. Em 1932, Ogino e Knauss conseguiram obter o período fértil da mulher. Em 1944, dois cientistas colocaram óvulos humanos na presença de espermatozoides e obtiveram quatro embriões normais. No ano de 1945, Jean Rostand percebeu que os espermatozoides submetidos ao frio com o emprego de glicerol foram conservados e não houve alteração de sua viabilidade, nascendo aí, a possibilidade de criação de “bancos de esperma”. E, em 1949, Roberty Schayshean criou o primeiro banco de sêmen, relata Moura (2009, p.29).

Em 1953, Smith obteve sucesso em congelar embriões e, no mesmo ano, sua utilização, nos Estados Unidos, foi bem-sucedida. E, somente em 1969 é que a técnica veio a se aperfeiçoar, destacando os ingleses Edwards e Steptoe, os quais conseguiram embriões humanos *in vitro* que tinham capacidade de reprodução. Foi, sobretudo, na década de 70 que foram feitas descobertas decisivas a cerca da evolução das inseminações artificiais e experiências com fertilizações *in vitro*, principalmente na Inglaterra, Austrália e Estados Unidos (MOURA, 2009, p.34).

Posteriormente, por meio de estudos de Edward, Steptoe, Taylor e Collins conseguiu-se, em 1971, o aumento da ovulação, facilitando a reprodução assistida. No fim da

década de 70 ocorreu um grande avanço: a fertilização *in vitro*, procedimento em que um ou mais óvulos são fecundados em laboratório e, em seguida, transferidos para o útero da mulher, deu origem ao nascimento de bebês. A inglesa Louise Joy Brown, nascida em 25 de julho de 1978, passou a ser conhecida como o primeiro “bebê de proveta” do mundo, por ter sido concebida em laboratório. No mesmo ano, nasceu o segundo bebê concebido pelo mesmo método, na Índia e, em 1979, o terceiro, na Escócia (MOURA, 2009, p.35). Ou seja, os métodos vieram se aperfeiçoando nas mais diversas partes do mundo, induzindo a críticas e polêmicas, mas também, à valorização da ciência como meio de proporcionar melhores condições às pessoas.

Em alguns casos, o problema estava na impossibilidade de a mulher levar a diante a gravidez, logo, surgia a ideia de que outra deveria engravidar em seu lugar. Nascia aí a necessidade de aperfeiçoamento de técnicas de procriação artificial em harmonia com a noção de mães substitutas e “barrigas de aluguel”. Os primeiros casos clínicos relativos ao empréstimo do útero são do Japão, no ano de 1963 e, dos Estados Unidos, no ano de 1975. E, esses procedimentos, vulgarmente denominados “barriga de aluguel” vieram ao longo dos anos gerando controvérsias (MOURA, 2009, p.38).

A partir da inseminação artificial *in vitro* surgiram mais avanços. Criaram-se depósitos de espermas e óvulos, atualmente disciplinados no direito alienígena. Poder-se-ia utilizar o material genético do homem ou da mulher para a gravidez, mesmo sem autorização de quem tenha doado, motivo de questionamentos favoráveis e contrários.

Visto se tratar de algo que mudou muitas vertentes em relação à ciência, sobretudo por se tratar de aspectos nunca vistos antes, qual seja a forma de reprodução artificial, o assunto era tratado com certo receio, como se fosse algo muito extraordinário e fora do comum. Mas como veio se mostrando benéfico ao interesse social, facilitando as relações e formas de obter resultados satisfatórios devido ao desejo que um casal possui em ter filhos, a partir da década de 80, o assunto ganhou aspectos de normalidade e vêm ganhando adeptos, em razão de suas benesses consideráveis. Assim, a sociedade passou a se preocupar com a regularização das práticas das novas técnicas surgidas.

Na Suécia, ainda na década de 40, já se cogitava a necessidade de uma lei para disciplinar a realização da inseminação artificial. Em 1949, a Academia de Ciências Morais e Políticas de Paris se manifestou de forma contrária à inseminação com sêmen de doador (MOURA, 2009, p.41). No Brasil, não há uma lei que regula a prática da reprodução humana

assistida, o que deixa grande liberdade para a utilização das novas tecnologias reprodutivas que vêm surgindo.

2.2.2 Métodos de reprodução humana medicamente assistida

Com o intuito de desenvolver programas de planejamento familiar, os avanços científicos têm se desenvolvido com bastante intensidade nos últimos anos. Especificamente a reprodução assistida, que teve um desenvolvimento fantástico na área da saúde, graças ao desenvolvimento tecnológico e ao talento de vários profissionais devotados à resolução da infertilidade. E, esses avanços proporcionaram, sobretudo, o bem-estar social, desenvolvendo métodos de extrema importância a toda a sociedade, suprindo as carências nas mais diversas áreas, como saúde e, conseqüentemente, influenciando em áreas sociais.

2.2.2.1 Reprodução humana medicamente assistida por inseminação artificial (IA)

Este foi o primeiro método de reprodução assistida desenvolvida e se dá pela substituição da forma natural, ou seja, da relação sexual do casal pela forma artificial, podendo ocorrer de duas formas, quais sejam, homóloga ou heteróloga (SOUZA, 2009, rev. n. 41). Segundo Machado (2003, p. 31), os termos “inseminação” e “artificial” derivam do latim:

Inseminare, formado pela preposição *in* (em) mais *seminare* que significa “semente”, “grão”, “princípio”, “fonte”, é definido como sendo a forma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, por meios não naturais de cópula, já artificial vem do adjetivo *artificialis* e significa “feito com arte”, resultou do substantivo *artificum*, palavra que serve para designar atividades entendidas com “arte”, “técnica”, “habilidade”, e outros no mesmo sentido.

Na forma homóloga, o problema se resolve com o uso do material genético do próprio casal, caso em que ambos possuem fertilidade, mas não são capazes de fecundar através da relação sexual. Esta não altera as estruturas jurídicas existentes, por isso apresenta menor índice de contestações, visto que a paternidade biológica e a legal não sofre mutações (SOUZA, 2009).

O Código Civil Brasileiro traz garantias aos filhos concebidos, “durante o casamento, por reprodução humana medicamente assistida homóloga, mesmo que falecido o marido” e, também para os “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões

“excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”, nos incisos III e IV do artigo 1.597.

A polêmica dessa questão se dá quando há o congelamento de sêmen e quanto à possibilidade de utilização do mesmo sem o consentimento do cônjuge ou companheiro ou, ainda, após a sua morte, derivando a inseminação *post mortem*, a qual será, necessariamente, o foco deste trabalho.

Já em relação à inseminação artificial heteróloga o material genético é doado por terceira pessoa, cujo material se encontra, geralmente, num banco de sêmen, visto que o marido é estéril, apresentando produção alterada ou ausência completa de espermatozoides, ou o casal apresenta incompatibilidade sanguínea do fator RH (SOUZA, 2009, rev. n.41). Adota-se esse procedimento quando a esterilidade é irremediável. Neste tipo, a hereditariedade jurídica diverge da biológica, fazendo com que as normas de presunção de paternidade trazidas no bojo do Código Civil somente sejam respeitadas caso exista autorização do marido para a utilização do sêmen coletado, conforme disposto no artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002.

2.2.2.2 Reprodução humana medicamente assistida por fertilização *in vitro* (FIV) ou fivete

Essa inovação trazida com a ideia de que a vida humana poderia ser criada em laboratório gerou inúmeros problemas diante da sociedade, pois consideravam um rompimento de dogmas morais, culturais e, sobretudo, religiosos. A referida técnica é também conhecida por “bebê de proveta” e consiste no método pelo qual o material genético feminino e masculino é fecundado de forma extracorpórea, em laboratório e, posteriormente, o embrião é introduzido no útero da mulher. Somente é indicada nos casos em que não há a possibilidade de inseminação intrauterina e trata-se de técnica bem complexa (BARBOSA, 2011, p. 22).

Pode ser utilizada tanto na reprodução assistida homóloga, ou seja, quando proveniente do material genético dos dois cônjuges ou companheiros, quanto na heteróloga, a qual se realiza com a utilização de material genético de pessoa estranha à relação. Barbosa (2011, p. 22) entende o seguinte:

A fecundação *in vitro* pode ser utilizada tanto na reprodução humana assistida homóloga, se feita com os componentes genéticos advindos do casal, como na reprodução humana assistida heteróloga, se for realizada com material fertilizante de terceiro. Aqui, cabem três hipóteses distintas:

fecundação com sêmen do marido e óvulo de outra mulher, com sêmen de terceiro e óvulo da esposa ou ainda com sêmen e óvulo de estranhos.

É importante salientar que, essa outra forma de reprodução assistida também é trazida pelo Código Civil Brasileiro, dispondo sobre as garantias do filho concebido por esses métodos, sob as mesmas orientações do artigo 1.597, pois este generaliza todas as formas de reprodução humana medicamente assistida, só diferenciando a questão das formas, ou seja, se é homóloga ou se é heteróloga.

2.2.2.3 Reprodução humana medicamente assistida com transferência intratubária com gametas (GIFT)

Esse método consiste em recolher o material genético do homem e também o da mulher e, na mesma intervenção os gametas são colocados em cânula especial, devidamente preparados, e são introduzidos em cada uma das trompas de falópio. É nesse momento que ocorre naturalmente a fecundação com a penetração dos espermatozoides em um ou mais óvulos. Após a fecundação, a qual se dá nas trompas uterinas, o embrião descera para o útero da mulher, explica Leite (1995, p.19).

A probabilidade de sucesso é baixa, variando de 35 a 40% de chances e há grande possibilidade de desenvolvimento de gêmeos. Esse método é utilizado para casais que apresentam infertilidade que não pode ser resolvida com outros métodos, como os já acima mencionados e, conforme condições físicas e psicológicas do casal, pode ser realizada de forma homóloga ou heteróloga (LEITE, 1995, p. 19). E ainda, caso seja utilizado esse procedimento, a Resolução 2013/2013, do Conselho Federal de Medicina – CFM, dispõe que, no máximo, quatro óvulos devem ser introduzidos nas trompas.

2.2.2.4 Reprodução humana medicamente assistida com transferência intratubária de zigotos (ZIFT)

O que diferencia esse método do outro apresentado anteriormente, qual seja o GIFT, é que a fecundação será realizada em laboratório *in vitro* e não no interior das trompas uterinas. Aqui, os gametas são colhidos, serão fertilizados, mantidos a uma temperatura de 37° e, após 24 horas, transferidos para uma das trompas da mulher (ALENCAR, 2011, p.21). A mesma doutrinadora ainda dispõe:

Essa é uma técnica em que se estimula, através de tratamento hormonal, a maturação de óvulos da mulher, para em seguida serem puncionados alguns para fora do corpo, a fim de possibilitar que os mesmos sejam manipulados numa placa de petri, quando então serão expostos a milhares de espermatozoides e assim, fecundados, para então os zigotos resultantes, serem transferidos para as trompas uterinas. Essa é uma técnica muito adequada para casais em que a mulher tem pelo menos uma trompa saudável.

Como exposto, esse método não é muito utilizado, pois somente poderá ser realizado em casos excepcionais, visto sua complexidade e à grande probabilidade de desenvolvimento de gêmeos, apresentando, muitas vezes, grande problema para sua disseminação.

2.2.2.5 Reprodução humana medicamente assistida através da gestação substituta

Este método vem para solucionar problemas de mulheres que não podem gestar um filho, seja porque não possui útero, é infértil ou possui outras patologias. Importa-se observar que, pelo fato de as informações genéticas estarem contidas nas células sexuais, a mãe substituta, ou seja, aquela terceira pessoa que empresta o útero e carrega o feto, não transmite características genéticas ao mesmo, afirma Leite (1995, p. 28). Neste sentido explica:

A expressão ‘mãe de substituição’, ou mesmo a expressão ‘mãe de empréstimo’ (gratuita e, portanto, sem qualquer remuneração) à expressão ‘aluguel de útero’, já que o termo ‘aluguel’ faz pressupor, erroneamente, que a técnica de substituição passa, necessariamente, pela pecúnia, pela remuneração, induzindo o grupo social à ideia – largamente difundida – que a mãe que carrega a criança em seu ventre, sempre recebe algum valor em dinheiro. Ora, a realidade tem demonstrado que, na maioria dos casos a mãe de substituição carrega a criança, por mera benevolência, amizade ou vínculo de afeto à mulher estéril.

A reprodução humana medicamente assistida através da gestação substituta se mostra cada vez mais corriqueira. E, conforme aduz a Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina – CFM, esse método, popularmente conhecido por “barriga de aluguel” não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, mas somente altruístico e, somente em casos excepcionais é que se admite que a gestante não tenha parentesco com a doadora do óvulo, mediante análise dos conselhos regionais de medicina. Ou seja, a referida resolução deixou

claro que o parentesco seja até o quarto grau, devendo ser respeitado a idade limite de até 50 anos.

2.2.2.6 Reprodução humana medicamente assistida *post mortem*

Consiste em inseminação artificial homóloga de uma mulher, realizada mediante o esperma congelado de seu marido ou companheiro, após o falecimento deste (MONTEIRO, 2007, p. 307). Porém, é uma questão muito polêmica, tanto nas questões que dizem respeito ao congelamento de sêmen ou embriões, à possibilidade de utilização dos mesmos sem o consentimento expresso do cônjuge ou companheiro postumamente, à paternidade jurídica e biológica e, principalmente, nos aspectos sucessórios, os quais serão abordados.

Alguns países vedam a inseminação *post mortem* de forma completa, outros vedam, mas deixam claro que, caso seja efetuada, apenas estabelecerá o vínculo de filiação se houver declaração expressa do *de cuius*, feita por instrumento público ou por testamento. Em países como os Estados Unidos, já é procedimento comum, afirma Monteiro (2007, p. 308). Para Leite (1995, p. 67):

O legislador deve intervir para dizer primeiramente, se ele autoriza a inseminação *post mortem* e, caso afirmativo, deve-se modificar as regras da filiação de modo a garantir à criança, uma paternidade, ao menos póstuma, como já existe para os filhos concebidos antes da morte do pai.

Em relação a esse tipo de reprodução, encontra-se muitos desafios a serem superados, sobretudo quanto ao direito de igualdade do filho concebido *post mortem* em detrimento herdeiros legítimos do *de cuius*. O direito de igualdade entre os filhos é assegurado constitucionalmente, porém lei e doutrinas se mostram inertes, ou até mesmo contrárias a essa posição, trazendo a premissa de que o filho concebido por esse método artificial não possui legitimidade para herdar.

2.3 A PRÁTICA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL E SEUS ASPECTOS FRENTE À BIOÉTICA

A infertilidade pode ser causa de infelicidade e alienação social para determinadas pessoas. Porém, há caminhos alternativos que buscam reverter esses casos, como é o caso da

reprodução humana medicamente assistida, que vem crescendo muito ultimamente, refletindo na melhoria da vida social das famílias e na realização do projeto parental.

Conforme dispõe a Resolução 1.358/92 do CFM – Conselho Federal de Medicina, o direito de alguém à concepção por meio de reprodução assistida só poderá ser efetivado se não houver risco à saúde do paciente ou do filho. A doutrinadora Diniz (2006, p. 615) faz referências à reprodução humana assistida e à bioética da seguinte forma:

A ciência é poderosa auxiliar para que a vida humana seja cada vez mais digna de ser vivida. Deveras, não se pode negar ciência, que, com base em dados naturais, melhora a vida do homem...

(...)

A ciência contemporânea não nega que o reconhecimento da vida se opera a partir da concepção. Com a fecundação, o ser humano já existe biologicamente, sendo capaz de sensações, sentimentos, de respostas intuitivas a estímulos sensoriais externos etc.

No Brasil, o primeiro nascimento por meio de reprodução assistida ocorreu em 1984 (MOURA, 2009, p.42), cerca de 6 anos após o nascimento do primeiro bebê de proveta. A partir daí, muitos médicos têm se dedicado a essa nova especialidade, justificando o número significativo de 121 clínicas especializadas cadastradas na SBRA – Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, espalhadas por todo o país.

Até o presente momento, o acesso a essas técnicas possuem preços altos e não são cobertos pelo SUS – Sistema Único de Saúde. E, o Estado deveria disponibilizar condições para que as pessoas pudessem superar a infertilidade, bem como organizar sua vida reprodutiva, tendo como pressupostos o respeito à autonomia e a responsabilidade parental. O artigo 226, §7º da CF traz essa previsão, considerando que o projeto parental está vinculado ao direito à intimidade e à liberdade das pessoas, não podendo o Estado cercear ou limitar o direito de planejamento familiar, devendo promovê-lo.

Essas práticas são amplamente realizadas no país e, para alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixa os cientistas biomédicos com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Atualmente, a reprodução assistida no Brasil está regulamentada somente em resoluções do CFM – Conselho Federal de Medicina, ou seja, não há leis normativas e nem a previsão de sanções para quem as descumpra. Assim, faz-se necessária aprovação de leis que possam padronizar esses procedimentos, propondo maior transparência dos benefícios e divulgação dos riscos que acarretam essas técnicas. A doutrinadora Vieira (2012, p. 39) traz que: “dentre as diversas questões que permeiam o debate em torno dessas técnicas, algumas

são de grande repercussão nos direitos de personalidade e põem em discussão as regras do Direito de Família aplicáveis à filiação”.

E, um dos maiores problemas quanto à reprodução humana medicamente assistida, é a questão da filiação e, principalmente, da legitimação, sobretudo, quando o nascimento do filho se dá de forma póstuma, ou seja, após a morte de um dos progenitores, ficando desamparado frente ao ordenamento jurídico civil, mas protegido constitucionalmente, fazendo surgir um debate deveras interessante.

3 A BIOÉTICA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO BIODIREITO

Cumpra salientar a importância da bioética e do biodireito, bem como seus aspectos basilares, para as relações humanas. A sociedade, ao longo dos séculos, vem sofrendo mutações de ordens variadas, tanto sociais, econômicas, inclusive científicas. E, é nesse momento que surge a necessidade desses institutos entrarem em cena, de forma a amenizar e solucionar conflitos proeminentes, cumprindo o princípio da beneficência à sociedade como um todo, não considerando o homem como ser individualizado, mas como ser social, fazendo com que ciências humanas e biológicas andem congruentemente na busca da garantia e proteção de direitos fundamentais pré-constituídos.

3.1 NOÇÕES E PRINCÍPIOS REFERENTES À BIOÉTICA

Deve-se fazer uma breve análise no que diz respeito à ética, como sendo uma ciência a qual tem por objeto de estudo a moral e a conduta humana. Sua origem e seu estudo remontam à época de ouro da Grécia, com seus grandes filósofos e pensadores. Foi nessa mesma época que Platão escreveu “A República”, o qual foi considerado um tratado sobre política e, Aristóteles desenvolveu o primeiro tratado de ética, intitulado “Ética a Nicômaco”, onde destacava que o homem e o cosmos devem viver em harmonia, pois essa é uma das premissas para se alcançar a ética e também trouxe a ideia de justiça, defendendo que deve sempre haver a busca pelo justo, de forma ampla. Etimologicamente,

A origem da palavra ética vem do grego *ethos*, que quer dizer o modo de ser, o caráter. Os romanos traduziram o *ethos* grego, para o latim *mos* (ou no plural *mores*), que quer dizer costume, de onde vem a palavra moral. Tanto *ethos* (caráter) como *mos* (costume) indicam um tipo de comportamento propriamente humano que não é natural, o homem não nasce com ele como se fosse um instinto, mas que é "adquirido ou conquistado por hábito" (VÁZQUEZ). Portanto, ética e moral, pela própria etimologia, dizem respeito a uma realidade humana que é construída histórica e socialmente a partir das relações coletivas dos seres humanos nas sociedades onde nascem e vivem.

Foi na tentativa de atingir a perfeição, preocupados em atingir princípios éticos é que os pensadores desenvolveram esse conceito, de modo a fundamentar e reger as relações sociais e também, de certa forma, organizar o universo, pois deveria haver algo mais

materializado para que se pudesse acreditar a fim de uniformizar as condutas humanas, beirando à perfeição e objetivando o bem-estar para a sociedade.

A ética e a moral, às vezes se confundem, porém, aquela é gênero da qual esta é espécie, tratando a mesma de situações concretas. A moral é explicada pela ética e esta consiste em uma ciência que busca explicar e determinar o comportamento moral dos homens em sociedade (MALUF, 2013, p. 34).

No entanto, o conceito foi amplamente tratado, posteriormente, por outros filósofos que propunham uma visão absolutamente diferente à da antiguidade, tal é o caso de Immanuel Kant. Um de seus ensinamentos relata bem sua posição: “duas coisas sempre me enchem a alma de crescente admiração e respeito, quanto mais intensa e frequentemente o pensamento delas se ocupa: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim” (KANT apud SILVEIRA, Lang, 2002, p. 1). Ou seja, é nítida a relação existente entre o cosmos e a harmonia do homem como premissas para a formação da ética. Para a doutrina kantiniana, a ética é frequentemente denominada de ética do dever ou ética da atitude, no sentido de cumprir um dever ou tomar uma atitude correta frente a determinadas situações e, a moral só poderia ser regida pela razão.

E, em relação ao neologismo “bioética”, este consiste num termo utilizado para interligar ciências da vida com princípios e valores ético-morais. O termo foi empregado pela primeira vez no ano de 1971, quando o biólogo americano Van Renssler Potter destacou a importância das biotecnologias na estruturação de forma a impor limites a certas práticas trazidas pelos avanços científicos e tecnológicos. “Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante (...). Todas elas envolvem a bioética, (...)” (POTTER, 1971, pp. 127 - 153).

Entende-se por bioética como ciência interdependente, pois se complementa por outras ciências afins, tais como antropologia, filosofia, sociologia, psicologia, genética, direito e outras. Pode ser considerada como conduta humana ligada às ciências da vida e seus devidos cuidados, sobretudo, em relação à saúde e à não-saúde, ao passo que essa conduta é objeto de análise sob o enfoque dos princípios e valores morais (MALUF, 2013, p. 46).

Da mesma forma que as biotecnologias e as novas descobertas científicas vêm acelerando o processo de modernização das mais variadas situações, modificando o procedimento natural das coisas, a bioética se revela como meio de refrear essas situações, de modo que essas novas técnicas introduzidas coexistam em perfeita harmonia com os valores

impostos na sociedade. Ou melhor, a bioética é a resposta da ética aos novos casos e situações oriundas dos avanços científicos e tecnológicos propagados nas últimas décadas e pode ser conceituada como uma forma que o ser humano tem de manter uma postura coerente, sem que incorra no uso inconveniente dos poderes concedidos pela medicina contemporânea, a qual vem trazendo inúmeros melhoramentos nas condições de vida, saúde e morte do indivíduo.

E, é nesse contexto que se faz necessária a utilização da principiologia da ética das biociências e das biotecnologias, tendo como enfoque a preservação da dignidade, os princípios e valores morais das condutas humanas, meios e fins que defendem e protegem a vida das mais variadas formas.

3.1.1 Princípios

Os princípios fornecem o modo e indica como deve se comportar o homem frente a suas intervenções na área biomédica. Cada um comporta suas particularidades, mas ao mesmo tempo se inter-relacionam, gerando uma ideia de ciclo, em que um depende do outro e, assim, sucessivamente.

O princípio de defesa da vida física preza pela importância da vida e de sua inviolabilidade (SGRECCIA, 1997, p. 157). E, ainda, preza pela importância da vida e da inviolabilidade da mesma, sendo considerado um dos direitos fundamentais anteriores aos demais, visto que, sem este os outros não possuiriam a menor condição de serem exercidos. Sgreccia (1997, p. 157), ainda dispõe:

(...) a vida corpórea e física do homem não representa algo de extrínseco à pessoa, mas sim o valor fundamental da própria pessoa. Falamos de valor “fundamental” porque é preciso entender que a vida corpórea não exaure toda a riqueza da pessoa, que é também, e antes de mais nada, espírito e, por isso, como tal, transcende o próprio corpo e a temporalidade. Todavia, com relação à pessoa, o corpo é coessencial, é sua encarnação primeira, o fundamento único no qual é por meio do qual a pessoa se realiza e entra no tempo e no espaço, se expressa e se manifesta, constrói e exprime os demais valores, inclusive a liberdade, a socialidade e até o próprio projeto futuro.

Dessa maneira como foi exposta, tem-se uma relação bem estreita entre a vida, sendo delineada a separação entre corpo e espírito. Ambos necessitam de condições dignas para que seus valores possam ser exercidos de forma mais ampla, de modo que traga benefícios à pessoa humana em si, considerando tanto o corpo quanto a alma.

Em relação ao princípio da liberdade e da responsabilidade tem-se que o profissional deve agir de modo que o indivíduo tenha liberdade de tomar decisões, mas de forma que traga melhorias ao seu quadro de saúde. O profissional é obrigado a se utilizar dos meios possíveis para que o indivíduo retome ao estado normal, pois, ao contrário, será responsabilizado por atos ou omissões que lhe cause malefícios (SGRECCIA, 1997, p. 160).

Os princípios da totalidade e do terapêutico são considerados como basilares da ética médica e se fundamenta no fato de que “a corporeidade humana é um todo unitário resultante de partes distintas e unificadas orgânica e hierarquicamente entre si pela existência única e pessoal” (SGRECCIA, 1997, p. 161).

Ou seja, todos os meios necessários para curar o organismo têm de ser utilizados, ainda que, algumas vezes traga pontos positivos e negativos, simultaneamente. O princípio da proporcionalidade das terapias, “ao se por em prática uma terapia, deva esta ser avaliada dentro da totalidade da pessoa e que, portanto, exija-se uma certa proporção entre os riscos e danos que ela comporta e os benefícios que ela traz” (SGRECCIA, 1997, p. 163).

Os princípios da socialidade e da subsidiariedade, em termos de justiça social obrigam a comunidade como um todo a garantir que todos tenham acesso aos meios necessários a se alcançar a saúde. Sgreccia (1997, p. 154) aduz que o referido princípio:

Obriga cada pessoa em particular a se realizar na participação da realização do bem dos próprios semelhantes. No caso da promoção da vida e da saúde, isso importa em que cada cidadão se obrigue a considerar a própria vida e a do outro como um bem não apenas pessoal, mas também social, e obriga a comunidade a promover a vida e a saúde de cada um, a promover o bem comum pela promoção do bem de cada um.

Sucintamente, tem-se que tanto o princípio da socialidade quanto o da subsidiariedade são ligados de forma que possam ajudar aqueles que mais necessitem, tomando como tarefa garantir o funcionamento de programas de livre iniciativa realizados por determinados grupos, incentivando-os. Assim, estará buscando a efetivação dos princípios supracitados.

O princípio da autoconsciência é, nas palavras de Ferreira (apud POLAINO, 1993, p. 10), este princípio “descreve a autoconsciência como a primeira manifestação da ciência - “cum scientia”. E esclarece que por eso la conciencia constituye uno de los fundamentos primordiales de la ética. En la medida que la conciencia se abre al ser, en esa misma medida se nos manifiesta la identidad de quiénes somos”. Esclarecendo, afirma-se que a consciência do ser humano constitui um dos fundamentos primordiais da ética, visto se tratar da manifestação da identidade do próprio indivíduo.

O princípio do consentimento informado não é nítido doutrinariamente e, vem estampado na Declaração de Helsinque de 1982, quando determinou que em qualquer investigação em seres humanos, cada indivíduo potencial deve ser informado, adequadamente, dos objetivos, métodos, benefícios antecipados e potenciais riscos do estudo e do mal estar que este pode implicar. Deve ser informado de que tem liberdade para abster-se da participação no estudo e que pode deixar de dar consentimento para participar em qualquer altura. O pesquisador, após informar o possível “pesquisado” deve obter o consentimento livre por parte deste ou seu representante, preferencialmente, de forma inequívoca, sempre que possível, por escrito (FERREIRA, 2012, p.14).

O princípio do benefício possui caráter hipocrático, visto que Hipócrates, por volta do ano 430 a. C., fazia menção deste com o princípio da não-maleficência, pregando que ao lidar com doentes, deve-se buscar, antes de tudo, algo que traga benefícios, devendo o profissional abster-se de atos que possam trazer prejuízos à sua saúde. Os riscos e os benefícios devem ser analisados cautelosamente, pois deve haver o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos, protegendo, ajudando e defendendo o direito dos outros, afirma Sgreccia (1997, p.167), que ainda explica:

O princípio de benefício seria posto no vértice, como referência última, e corresponderia no fim primário da medicina, numa visão naturalista, que é o de promover o bem, em relação ao paciente ou à sociedade, e de evitar o mal. É, sem dúvida algo mais que hipocrático “*primum non nocere*”, que é chamado também de “princípio de não-malefício”, enquanto não comporta somente o abster-se de prejudicar, mas implica sobretudo o imperativo de fazer efetivamente o bem e não simplesmente de querer fazê-lo ou de desejar fazê-lo.

Este, independentemente do exemplo abordado pelo filósofo, também pode ser aplicado às demais relações humanas, sem distinção. Pois, na maioria das vezes esse atos, se não analisados de forma cautelosa, com estudo de possíveis riscos, podem acarretar danos irreparáveis trazendo prejuízos bem maiores ao ser humano do que o risco que buscava-se ser sanado.

Outro princípio que deve-se frisar é o da autonomia, baseando-se numa espécie de reciprocidade, ou seja, considerar algo como certo ou errado é tema bastante controverso, porém, tem-se uma noção do que deve ser feito se colocada na posição de terceira pessoa, inspirando no respeito, na dignidade e demais valores da pessoa humana.

O princípio de autonomia se refere ao respeito devido aos direitos fundamentais do homem, inclusive o da autodeterminação. Esse princípio se inspira na máxima “não faças aos outros aquilo que não queres que te façam” e está, portanto, na base de uma moralidade inspirada no respeito mútuo. É sobre esse princípio que se fundamentam, sobretudo, a aliança terapêutica entre médico e paciente e o consentimento aos tratamentos

diagnósticos e de terapias; esse princípio faz parte integrante do benefício e está a seu serviço (SGRECCIA, 1997, p. 167).

E, o respeito pela pessoa envolve a autonomia da vontade, que se faz presente na capacidade que uma pessoa tem de decidir ou buscar aquilo que acredita ser melhor a si mesma e, apresenta como condições fundamentais a capacidade de agir intencionalmente, decisão de modo coerente entre determinadas alternativas e liberdade na tomada de decisões. Em última análise, também pode significar a preservação dos direitos fundamentais do homem.

O princípio de justiça se refere à obrigação de igualdade de tratamento e, em relação ao Estado, de justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc. Isto, se não quer dizer, certamente, tratar a todos do mesmo modo, pois são diferentes as situações clínicas e sociais, deveria comportar, todavia, a adesão a alguns dados objetivos, como, p. ex., o valor da vida e o respeito a uma proporcionalidade das intervenções. (SGRECCIA, 1997, p. 168).

Este último visa, sobretudo, o respeito à igualdade entre todos os cidadãos, distribuindo bens e benefícios de forma que se reconheçam as diferentes necessidades e o direito de cada um a partir de suas diferenças. Preocupa-se em igualar as oportunidades de acesso à saúde e na distribuição de bens e recursos considerados comuns. Para Rawls (1979, p. 59), “a distribuição natural dos bens não é justa ou injusta; nem é injusto que os homens nasçam em algumas condições particulares dentro da sociedade. Estes são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições sociais tratam destes fatos”.

3.2 NOÇÕES E PRINCÍPIOS REFERENTES AO BIODIREITO

O direito apresenta dois importantes papéis: organizar as liberdades e educar certos valores e, na medida em que a lei tende a educar, ela se aproxima dos princípios morais. Como foi mencionado anteriormente, os princípios e valores éticos relacionados às biotecnologias e ciências da vida pertencem ao campo da bioética e tem por finalidade a manutenção da integridade e da dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida. Nesse sentido, Maluf (2010, p. 16 e ss.) ensina:

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; tendo como referência basilar a dignidade da pessoa humana.

E, nesse contexto, surge um novo ramo jurídico, que consiste na positivação das normas bioéticas, permitindo ou proibindo determinados comportamentos médico-científicos e estipulando sanções aos infratores pelo descumprimento das normas previstas. Após a imposição das normas, regulamentando tais práticas, torna-se obrigatória a observância desses mandamentos bioéticos frente à sociedade e também aos profissionais e se faz necessário discutir sobre a adequação, necessidade de ampliação ou restrição de dada norma. Também é importante destacar os aspectos religiosos e convicções filosóficas sobre o assunto, visto que, deve-se fazer o necessário a fim de que o ser humano respeite seus semelhantes, sem que haja a ideia de sobreposição de um grupo pelo outro.

É imprescindível a intervenção do direito no campo das biotecnologias e ciências da vida, de modo que haja equilíbrio entre as descobertas científicas e o emprego de tais descobertas sem que possam violar direitos fundamentais e inerentes à pessoa humana, tais como dignidade e personalidade. E, de modo a atender aos anseios crescentes da sociedade contemporânea são impostos desafios que permitam solucionar esses novos problemas advindos dos processos e avanços científicos. Assim, o biodireito vai se delineando através de legislações esparsas, como por exemplo, resoluções do Conselho Federal de Medicina e também por algumas. Essas normas buscam positivizar e materializar quaisquer atos que envolvam a inviolabilidade do corpo humano. Porém, o ordenamento jurídico ainda carece de regulamentação de métodos importantes e, é por esse motivo que a bioética e o biodireito trazem em seu bojo seus respectivos princípios, para que os direitos fundamentais de toda pessoa humana sejam respeitados.

3.2.1 Princípios

De modo a colmatar as lacunas existentes no ordenamento jurídico, os princípios se mostram aptos a preencher esses vazios, permitindo que se utilize da aplicação analógica quando necessário. A principiologia do biodireito é baseada nos princípios bioéticos, como a beneficência, por exemplo, e, também, em relação aos valores éticos, que são a base do biodireito (MALUF, 2013).

O princípio da dignidade da pessoa humana, trazido pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal vem demonstrar de forma objetiva que o ser humano é o fim em si mesmo, e não meramente o meio devendo, assim, ser respeitada e protegida contra quaisquer

tipos de ameaças. Para alguns doutrinadores, esse princípio é basilar para a bioética, na medida em que consideram a vida como inviolável. Afirma Varella (2010, p. 230) que:

Neste sentido, não se justifica a causa do sofrimento e da dor desnecessária, a imputação de um ônus superior ao que a pessoa possa suportar, ainda que, por decisão sua, mesmo para a realização de pesquisas ou qualquer atividade científica. Combate-se assim, a consideração do homem como objeto, como uma 'coisa', a favor da compreensão da vida humana como algo sagrado, intangível. Ainda que fora dos aspectos teológicos que a questão envolve, a expressão 'sagrado' não necessariamente estará ligada a Deus, mas sim ao caráter inviolável de seu objeto (...) a vida humana não pode ser sacrificada em prol da ciência, e da experimentação (...).

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra como a finalidade primeira, ou seja, o ser humano deixa de ser objeto e passa a ser um valor considerável em si mesmo, impedindo-se certas práticas e servindo de fundamento para certos princípios, como o da beneficência. E, qualquer conduta atentatória à dignidade da pessoa humana deve ser proibida e, conseqüentemente, punida. E, os demais princípios, conforme Ferreira (1999, p. 9 e ss.):

O princípio da igualdade é verificado no princípio da isonomia, originalmente concebido por Aristóteles e que se expressa em tratar desigualmente os desiguais, e igualmente, os iguais. E, é finalidade do biodireito captar este princípio, de forma a fazer uma análise minuciosa dos diversos graus de emergência, necessidade ou utilidade de cada caso concreto trazido à tona.

O princípio da inviolabilidade da vida é fundamental, pois para o ser humano, a vida é bem inestimável e deve possuir absoluta proteção em relação à sua integridade tanto física quanto moral, sendo papel do biodireito resguardá-la frente aos experimentos e avanços científicos que envolvam seres humanos.

O princípio da informação é trazido no art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal e assegura ao indivíduo o direito de receber informações de seu interesse, personalíssimos. E, se relaciona ao princípio do consentimento informado, qual seja um princípio bioético o qual assegura ao sujeito, o direito de receber todas as informações sobre o procedimento investigatório científico a que será submetido, caso haja seu consentimento.

O princípio da proteção à saúde tem sua ideia principal delineada no preceito do art. 196 da CF que a consagra como um direito de todos e um dever do Estado. E, não poderá, em hipótese alguma, haver pesquisas ou experimentos em seres humanos que provoquem estado de não saúde, baseando-se também no princípio da não maleficência. Caso se trate de indivíduo já doente, deve-se respeitar certos princípios bioéticos específicos.

O princípio da boa fé, ou *bona fides*, deve ser analisado em conjunto com o princípio da autoconsciência e deve ser interpretado em sua acepção de "integração ética" da justa causa. Surge paralelamente às biotecnologias, visto que se estas surgem para propiciarem benefícios à sociedade, auxiliando-a na solução de problemas cotidianos relacionados à vida humana, nasce aqui a ideia de boa fé, enquanto lealdade, confiança,

honestidade, sinceridade, sem a qual as experiências científicas em questão não poderão prosperar.

Esses princípios são essenciais para que coexistam biotecnologia e dignidade humana, visto que, na falta de normas para regulamentarem as práticas que vão surgindo a cada dia, os princípios vêm sendo aplicados de forma analógica, fazendo que direitos e garantias fundamentais sejam respeitadas, assegurando a um todo o acesso ao bem comum, sendo este uma das finalidades a serem atingidas juntamente com a vida digna.

3.3 MATERIALIZAÇÃO DA BIOÉTICA

É nesse contexto, frente à bioética e ao biodireito que surgem normas com o intuito de estipular os padrões éticos que devem ser adotados pelos profissionais diante dos indivíduos. Exemplos importantes são as resoluções criadas pelo Conselho Federal de Medicina e que, podem ser consideradas como o próprio biodireito em si, visto que concretizam o que foi normatizado pelos princípios e valores ético-morais, sobretudo da bioética.

Considerando a importância das técnicas de reprodução assistida, as quais têm o intuito de reverter casos de infertilidade humana como um problema de saúde, que tem implicações, sobretudo, psicológicas, esses avanços científicos vêm de modo a permitir que esses problemas sejam solucionados de forma que o bem-estar e o bem comum sejam visados como finalidade ímpar. A utilização dessas técnicas deve estar de acordo com os princípios impostos pela ética médica, que se faz por meio das resoluções. A Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina - CFM traz disposições importantes acerca da reprodução assistida, bem como adota normas éticas a serem seguidas pelos médicos, para a utilização dessas técnicas.

O artigo 1º da Resolução em questão abrange os principais aspectos relacionados a essa técnica, tais como os princípios gerais, trazendo de forma sucinta a principal função da reprodução assistida (RA), qual seja, a de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, com vistas a facilitar o processo de procriação. Também aduz que as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que a probabilidade de sucesso seja bem maior que o risco à saúde do paciente e do possível descendente, trazendo em seu bojo o princípio da não maleficência, outrora abordado e, impõe uma idade máxima para a realização da técnica, qual seja 50 anos para as candidatas à gestação, devendo haver a obrigatoriedade de consentimento informado, valendo somente para pessoas capazes, em formulário especial, para os pacientes submetidos

às referidas técnicas. Os detalhes médicos devem ser especificados minuciosamente e obrigatoriamente ao paciente, devendo este receber informações de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

Outro aspecto importante é o de não poder selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro ascendente, salvo quando se busca evitar possíveis doenças do filho que venha a ser gerado, podendo os embriões serem selecionados e submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças. Não se pode utilizar dessas técnicas de fecundação com finalidade distinta à de procriação humana.

Em relação à doação de gametas ou embriões, esta nunca terá caráter lucrativo ou comercial e os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. É imposta uma idade limite para a doação de materiais genéticos, sendo de 35 (trinta e cinco) anos para o sexo feminino e 50 (cinquenta) anos para o sexo masculino. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias. A Resolução permite a criopreservação de materiais genéticos em clínicas, centros ou serviços e, os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados, caso o paciente queira, ou utilizados para pesquisas de células-tronco.

O número de embriões produzidos em laboratório deve ser informado aos pacientes, a fim de que decidam quantos serão transferidos e se os excedentes podem vir a ser crioconservados. Essa declaração de vontade deve ser feita por escrito, especificando o destino do material em caso de divórcio, doenças graves, doação ou falecimento. Essa última hipótese, a qual apresenta grandes divergências, está disposta no inciso VIII do artigo 1º da Resolução tratada, trazendo esta a possibilidade de reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do paciente falecido para o uso do material biológico, considerando a legislação vigente. Demais casos não previstos em normas esparsas ou resoluções dependerão de autorização do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução em comento é uma das mais importantes normas que regulamentam as técnicas de reprodução assistida, servindo de parâmetro, pois adota normas éticas a serem seguidas pelos médicos. Em suma, procurou-se retratar os aspectos mais importantes da reprodução humana medicamente assistida, trazendo uma dinamicidade na forma de tratar questões polêmicas e inovadoras que propõem acarretar melhores condições ao bem-estar social.

3.4 A FINALIDADE DO BIODIREITO E O BEM COMUM

Relacionando a ideia de biodireito e bem comum, este apresenta grandes discrepâncias doutrinárias e, na maioria das vezes, não há um conteúdo sólido para se examinar, visto se tratar de assunto que apresenta certa relatividade. Na lição do professor Telles (2004, p. 54),

Bem comum é a ordem jurídica, por ser o único bem rigorosamente comum, que todos os participantes da sociedade política desejam necessariamente, que ninguém pode dispensar. Sem ordem jurídica não há sociedade; logo somente a ordem jurídica é um bem comum. A sociedade política se constitui com a finalidade essencial de realizar a ordem jurídica. As outras sociedades servem-se do bem comum para realizar seus bens particulares. Para a sociedade política o bem comum é o fim; para os outros é o meio para a realização de seus fins particulares.

Ante o exposto, também se pode verificar um aspecto muito importante trazido pelo Decreto-lei nº 4657/1942 - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, especificamente em seu artigo 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Ou seja, deve ser analisada qual a melhor decisão a fim de que atinjam o bem-estar da maioria e, não de uma minoria em detrimento de outros.

Diniz (2003, p. 490) aduz que a noção de “bem comum” é bastante complexa, metafísica e de difícil compreensão e seu conceito é intrínseco à filosofia, à política e ao direito. São reconhecidos como elementos do bem comum, a liberdade, a paz, a justiça, a segurança, a utilidade social, a solidariedade ou cooperação e resulta da harmonização da realidade sociológica. E, o bem comum, obtido como meio ou como fim em si mesmo, deve, obrigatoriamente, estar presente na sociedade, permitindo-se concluir que, as biotecnologias e as biociências devem buscar a realização do bem comum frente à bioética e ao biodireito, respeitando seus princípios, sobretudo os trazidos no bojo constitucional.

O biodireito e a bioética, consistindo em direitos de quarta geração, pois trata dos avanços científicos bem como evoluções médico-biológicas, preocupa-se, eticamente, com a proteção do ser humano como indivíduo, abordando diversos aspectos de sua natureza. E, por isso, têm como princípios basilares, principalmente aqueles trazidos constitucionalmente, apresentando-se de fundamental importância.

Os princípios constitucionais mais importantes que serão a seguir citados, como um breve relato, apresentam estritas ligações com o biodireito, devido ao fato de não existir, no momento, legislações específicas para regulamentar essas práticas. Por esse motivo é que

entram em cena os princípios, juntamente com analogia e costumes, para casos em que haja omissão do legislador. O Decreto-lei nº 4657/1942 prevê no seu artigo 4º que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. E Diniz (2003, p. 498) ainda ensina:

Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria segundo alguns autores, o princípio de que *tudo aquilo que não está proibido está permitido*, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética. Entretanto, entendemos que, ante a ausência daquela norma, dever-se-á aplicar o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, freando, assim, a atividade jurisdicional, que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais de direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III da Lei Maior.

A Constituição Federal, como é sabido, é o corpo normativo que traz elencados em seu bojo os direitos que possui a pessoa humana, bem como o embasamento de todas as outras leis específicas, leis complementares, medidas, decretos e etc. E, também se mostra fundamental para as questões da bioética e, principalmente, à questão da reprodução humana medicamente assistida. São trazidos princípios tais como dignidade da pessoa humana, o qual se mostra, de extrema relevância para que haja um bom desenvolvimento da personalidade humana e, sobretudo, mostra-se como um fim e não como um meio para se atingir outros objetivos.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e

liberdades,
Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é
da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,
(...)³

Os valores já mencionados e trazidos pela CF relacionados a esse assunto, como a vida e a igualdade protegem o ser humano de quaisquer discriminações a fim de que o objetivo de se ter uma vida digna seja alcançado. O direito à vida, como um fim em si mesmo e não como um meio, está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, o direito à vida deve estar pautado no respeito, garantia e promoção da dignidade. E, essa garantia se inicia, para o ordenamento jurídico brasileiro, no momento em que se concebe o indivíduo, surgindo, a partir de então, a proteção aos direitos do nascituro.

No campo da bioética, Correia (1996, p. 44) ensina que: “esse princípio abrange o respeito pela vida, à sua defesa e à sua promoção, já que a vida do homem tem um valor em si mesma e por si mesma (...). Cada pessoa é dona de sua própria vida e é chamada a administrá-la com liberdade”. É importante destacar a importância desse princípio quando relacionado com as técnicas de reprodução humana medicamente assistida e outros avanços científicos similares. Visto que, a partir do momento em que se procura a efetivação dessas técnicas para resolver problemas de infertilidade, surge o direito à vida, envolvida diretamente ao uso dessas novas técnicas de reprodução artificial.

Outro aspecto importante e que merece enfoque é o princípio da igualdade, sobretudo, em relação ao direito de família, estritamente ligado ao filho concebido por métodos artificiais e ao filho concebido *post mortem*, este que, atualmente, não está equiparado aos demais sucessores na qualidade de herdeiro legítimo. Por isso, faz-se mister analisar a relação entre bioética e biodireito e princípios fundamentais assegurados constitucionalmente e que merecem, sem sombra de dúvida, serem respeitados.

³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

4 O FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM* FRENTE AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E AS NORMAS JURÍDICAS BRASILEIRAS

É papel do legislador, bem como do aplicador das normas velar pela eficácia das leis como um todo, visando o bem-estar coletivo e não focando somente em seres individualizados. E o próprio Direito se contradiz, pois o foco nos seres individualizados também visa à igualdade destes em relação aos outros. Portanto, é nesse sentido, em busca a conseguir que esses seres individualizados alcancem o pleno direito à igualdade é que se efetiva a aplicação fiel do Direito. Aplicar o Direito é tarefa arduosa, pois ao mesmo tempo em que se busca a igualdade em relação a todos, busca-se suprir lacunas em meio às diferenças pré-existentes em relação a poucos que se desigualam, como é o caso dos filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem*. A análise de alguns casos bem como a posição de doutrinadores é capaz de despertar dúvidas, certezas ou até mesmo qual o melhor meio para solucionar essa lacuna.

4.1 ESTUDO DE CASOS E O DIREITO BRASILEIRO

Para se ter uma visão mais ampla sobre o problema, é necessário estudos de casos concretos, os quais têm o poder de aproximar o legislador, bem como os aplicadores da norma, dos conflitos que emergem na sociedade e que serão analisados sob o prisma da doutrina majoritária e também da minoritária, apresentando-se os princípios que devem ser respeitados e os respectivos fragmentos codificados no direito brasileiro relacionados à questão supramencionada.

4.1.1 Visão sobre o caso Parpalaix

Um dos casos mundialmente conhecido, marco inicial das discussões da reprodução humana ocorreu na França, e foi denominado “Caso Parpalaix”. Em 1984, após poucas semanas de namoro, os jovens Corine Richard e Alain Parpalaix descobriram que Alain estava com câncer nos testículos e antes de submeter-se às sessões de quimioterapia decidiu depositar num banco de sêmen seu material genético para mais tarde usá-lo. Eles vieram a se casar, entretanto, alguns dias depois Parpalaix veio a falecer (COCO, 2012).

Meses depois, Corine procurou a clínica médica com o objetivo de ser inseminada com o sêmen do falecido esposo. A inseminação foi negada pela clínica, pois não havia autorização de Parpalaix. Assim, Corine procurou a justiça para a realização da vontade de seu falecido esposo (COCO, 2012).

Na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, mas depois disso, o Tribunal Francês condenou a clínica a entregar o material à viúva. Ocorre que era muito tarde e os espermatozoides não estavam mais próprios para serem utilizados na inseminação (COCO, 2012).

Após esse caso começaram as grandes polêmicas, visto que, na maioria dos países nada estava disposto ou regulamentado em relação a essas práticas. Diante disso, diversos países vieram a regulamentar essa omissão, alguns vedaram, como foi o caso da Espanha, Alemanha e Suécia e outros permitiram, como a Inglaterra e também o Brasil, garantindo estes somente o direito à sucessão testamentária, quando o falecido tiver deixado documento expresso nesse sentido (DINIZ, 2006, p.559).

4.1.2 Anotações sobre o caso Niels

Como se observa, os debates sobre o tema só aumentaram, pois a procura pela utilização de técnicas de reprodução humana medicamente assistida era cada vez mais crescente, principalmente quando os métodos tradicionais se tornavam ineficientes. Contudo, visto ser um meio a realizar um sonho de muitos casais de constituir família, esse direito está assegurado no artigo 226, §7º, da Constituição Federal e não deve ser restringido, pois todos devem ter acesso ao planejamento familiar.

Questão interessante é o caso da reprodução assistida *post mortem*, na qual há a utilização de material genético do falecido para inseminar a viúva. Antes, discutia-se o destino do material genético colhido em casos que o doador viesse a falecer. Atualmente, há decisões jurisprudenciais de permissão à tal prática, só restando prejudicada a questão sucessória.

No Brasil, o assunto é tratado com mais ênfase em resoluções criadas pelo Conselho Federal de Medicina – CFM, sendo a legislação omissa frente às práticas de reprodução humana medicamente assistida, sobretudo quanto à inseminação *post mortem*, a qual é considerada um assunto polêmico diante dessa omissão apresentada na lei civil quanto aos direitos sucessórios do filho que virá a ser concebido.

O CFM editou algumas regulamentações em que se permitia a utilização de material genético do doador após sua morte, desde que exista expressão da vontade do falecido a fim de se utilizar o sêmen pela própria viúva. Ou seja, se o material já consta em um banco de clínica especializada, basta um documento que exprima a vontade do falecido de ter herdeiros com a viúva para que logo haja autorização para tanto, é o que dispõe a Resolução nº 1.957/2010. Caso não haja autorização expressa, decisões de tribunais consideram que o uso pode ser validado caso prove por outros meios, tais como declarações de familiares próximos, o desejo de ter tido herdeiros.

Caso semelhante ocorreu em 2008, na região sul do Brasil. Roberto Niels faleceu em decorrência de um câncer, mas antes de ser diagnosticado havia procurado uma clínica especializada em reprodução assistida. Apesar da ausência da autorização do marido para que se usasse seu material genético, o juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba concedeu liminar para a viúva Kátia Lenemeier poder fazer uma inseminação com o respectivo material. O juiz levou em conta a intenção do marido por meio de declarações da família, amigos e médicos. Foi essa a decisão proferida pelo magistrado (FADEL, 2010):

129. OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001 - KATIA ADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E ANDROLOGIA - "(...) 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 Lenerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora. Publique-se. Registre-se. Intimem-se." Advs. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANA SZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA⁴.

Diante dessas decisões apresentadas surgem diversas indagações, visto se tratar de assunto omissivo e ao mesmo tempo divergente no ordenamento civil atual. O Código Civil de 2002, no Livro IV, que trata do Direito de Família prevê a equiparação de todos os filhos em todos os aspectos, assim como preceitua a Constituição Federal, não os diferenciando em legítimos ou ilegítimos, como fazia o Código Civil de 1916, que fazia distinções entre os filhos havidos fora do casamento e os adotivos, não possuindo estes os mesmos direitos que os havidos da relação conjugal, considerados legítimos.

Entretanto, o Livro V do Código Civil vigente, que trata do Direito das Sucessões, diferencia os herdeiros com base na época em que foram concebidos. Ou melhor, o filho

⁴ Diário de Justiça do Estado do Paraná (DJPR), página 679. Dia 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>. Acesso em: 05 de set. 2014.

concebido antes da abertura da sucessão é legitimado a suceder, mas o filho ainda não concebido (a legislação civil traz somente a hipótese de prole eventual de terceiro, desde que este esteja vivo à época da abertura da sucessão, conforme prevê o artigo 1.799, inciso I, ou seja, utiliza-se a analogia por não fazer menção à própria prole eventual) não pode ser herdeiro legítimo ou necessário, mas somente testamentário.

O Código Civil atual, no seu artigo 1.597, incisos III e IV traz as hipóteses de filiação quando a concepção se der por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido e, também aos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga, respectivamente. Esses são casos em que o filho é concebido *post mortem*. Porém, o legislador não regulamentou o direito quanto à legitimação sucessória, permanecendo o filho concebido após a morte de seu progenitor aquém de seus direitos, sobretudo, quanto à igualdade em relação aos demais.

A doutrina brasileira se expressa de maneira bem diversificada. Há os doutrinadores que, por analogia, consideram que o filho concebido *post mortem* só poderiam herdar por disposição testamentária. E a contraposição doutrinária, a qual defende o direito legítimo de suceder como herdeiro necessário, com vistas a resguardar a igualdade entre todos os filhos. Igualdade esta trazida em dispositivo constitucional e legislações infraconstitucionais, como é o caso da Lei nº 8.069/1990, mais conhecida como ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.2 A APLICABILIDADE DAS FONTES DO DIREITO COMO FORMA DE SANAR OMISSÕES

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conhecida por LINDB, aduz em seu artigo 4º que, quando a lei se omitir, a decisão será baseada com base nas fontes do Direito, quais seja a analogia, os costumes, a doutrina, as jurisprudências e os princípios gerais de direito. Ou seja, sempre que houver lacunas, o operador do direito deve valer-se dessas fontes para solucionar o conflito da forma mais justa possível.

No caso em tela, dentre as fontes que podem ser utilizadas está a doutrina, a qual contém um conjunto de estudos realizados com presteza pelos doutos e estudiosos do direito, revelando seus argumentos sobre qual posição deve ser seguida para que a lacuna apresentada seja sanada e, dentro da própria doutrina, inserem-se outras fontes, dentre elas a analogia e os princípios gerais de direito com o papel de fundamentar e embasar os estudos realizados pelos

doutrinadores em relação à reprodução humana medicamente assistida *post mortem* e suas consequências no âmbito sucessório.

4.2.1 A analogia aplicada aos artigos 1.798 e 1.799, inciso I do ordenamento civil brasileiro e a segurança jurídica dos herdeiros

O Código Civil traz a questão da sucessão testamentária da prole eventual de terceiros, mas nada dispõe sobre a sucessão da prole eventual do próprio testador. A prole eventual do *de cuius* pode ser considerada aquela que vem a ser concebida após a sua morte, como é o caso do filho que vem a ser concebido a essa época por métodos de reprodução assistida. No entanto, a lei civil nada traz a respeito da sucessão do filho concebido *post mortem*.

Dessa feita, os doutrinadores da corrente majoritária, representados por Diniz e Venosa, fazem analogia à prole eventual de terceiros e à do *de cuius*, asseverando que ambos somente podem participar da sucessão caso seja na forma testamentária. Nessa linha de raciocínio, Venosa (2012, p. 46) assim defende:

No caso de herdeiros ainda não concebidos, os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz (art.1.800). Se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (art. 1.800, §4º). Nesse caso, resolve-se a disposição testamentária. Essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais. (...) Se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual não serão herdeiros.

O artigo supramencionado pelo autor e trazido pelo Código Civil brasileiro faz referência à prole eventual de terceiros, posto que, o artigo 1.799, inciso I do CC traz o termo “filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador”, e não a prole do próprio testador. A única menção trazida pela legislação civil brasileira a respeito de uma possível prole eventual do próprio testador se dá quando se trata quando se considera como filhos os decorrentes de embriões excedentários ou por inseminação artificial homóloga, a qualquer tempo.

Argumentam ainda que a legitimação desse herdeiro colocaria em risco a segurança jurídica dos demais herdeiros, mas note que essa premissa se resta inválida face a hipótese de também se assegurar direito ao filho que vem a ser reconhecido posteriormente à

partilha e que venha a requerer o reconhecimento de paternidade combinado com petição de herança e anulação da partilha. Nesse caso, depois de reconhecido, o herdeiro é considerado legítimo. Essa hipótese também colocaria em risco a segurança jurídica dos outros herdeiros, mas não é o que realmente ocorre. A diferença de ambas as recíprocas se dá quanto à concepção, mas ainda assim, não afetaria, em nenhum caso, a segurança jurídica dos demais, pois, primeiramente, deve visar à ponderação de quais direitos podem sobrepor uns aos outros e, no caso concreto, a igualdade possui maior relevância.

Uma recente decisão do Desembargador Alzir Felipe Schmitz, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, resultou em unanimidade em dar provimento ao recurso de apelação:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA E ANULAÇÃO DE PARTILHA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.829, I, 1.845 E 1.791, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. Cumpre declarar a nulidade integral da partilha realizada sem a participação de herdeiro necessário, não havendo falar em prescrição aquisitiva quanto aos bens móveis, visto que o prazo correspondente só passa a correr a partir do reconhecimento da paternidade. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DOS RÉUS. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70051182327, Oitava Câmara Cível, Tribunal do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 29/11/2012)⁵.

Trata-se de apelação cível, na qual foi declarado o reconhecimento de paternidade do autor cumulada com petição de herança por se tratar de descendente. Outro fato importante, mencionado no presente acórdão, é referente ao prazo de prescrição, a data da abertura da sucessão ou a partir do reconhecimento de paternidade. Em sentido oposto, Diniz (2006, p. 559) indaga:

Suponhamos que uma senhora, seis meses depois do óbito do marido, respeitando a vontade deste, submete-se a uma inseminação artificial homóloga, dando à luz a um menino; registrado como filho do casal, por declaração materna, baseada no art. 1.597, III, do Código Civil. O inventariante, um dos filhos do *de cuius*, não aceita a filiação do concebido artificialmente. Seria cabível, por parte deste, ajuizamento de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, movida contra os herdeiros (seus irmãos), com pedido de reserva do seu quinhão, até que se decida a investigatória? Ou bastaria impugnar a sua não-habilitação como herdeiro, por meio de uma contestação?

⁵ TJ-RS - AC: 70051182327 RS , Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 29/11/2012, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/12/2012.

É certo que, no primeiro caso, o filho já existia antes, porém, o princípio da segurança jurídica não deve ser levantado como meio a afastar possível herdeiro, seja qual for, não necessitando distingui-los se legítimos ou ilegítimos, visto não existir mais essa diferenciação. Filho é filho, independentemente de qualquer coisa, e deve ter todos os direitos assegurados, com integral proteção. O procedimento de investigação de paternidade, petição de herança não deve ser afastado, mesmo que o filho tenha sido concebido após a morte do pai, e isso não afasta o princípio da segurança jurídica de qualquer das partes. Diniz (2006, p. 555) ressalta:

A coleta do material e sua utilização dependerá de anuência expressa dos interessados, ligados pelo matrimônio ou união estável, uma vez que têm propriedade das partes destacadas de seu corpo, como sêmen e óvulo; logo, deverão estar vivos, por ocasião da inseminação, manifestando sua vontade, após prévio esclarecimento do processo a que se submeterão, conscientes da responsabilidade assumida pela criação e educação do filho. A clínica de reprodução humana assistida, depositária da célula germinal congelada, na impossibilidade de devolvê-la ao depositante falecido, deverá entregá-la à viúva? Esta poderia obrigar a clínica a inseminá-la? Que direitos teria a viúva do depositante sobre o material fertilizante? Autorizar sua inseminação não seria violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta? Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade involuntária? A vontade poderia criar a paternidade póstuma?

Ressalte-se que, a inseminação artificial é permitida no Brasil, mesmo após a morte do marido, desde que haja autorização do falecido, demonstrando o ânimo de um dia poderem ter filhos. O enunciado 106 da I Jordana de Direito Civil dispõe “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é 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 o material genético após a morte”. Essa autorização, quando não escrita, pode ser apresentada por meio de declarações de familiares e amigos, de forma a esclarecer o verdadeiro desejo do *de cuius* com a viúva. Como já visto, decisões recentes de tribunais têm aceitado essa prática, sem que haja problema algum, visto ser esse o desejo do casal enquanto vida e que não se concretizou por motivos alheios à vontade humana. O problema se desenvolve em relação à sucessão, pois a filiação já é garantida no âmbito do Código Civil. E, ainda Diniz (2006, p.555) sobre o mesmo assunto:

O novo Código Civil brasileiro, no art. 1.597, III, estabelece a presunção que foi concebido na constância do casamento, filho havido por fecundação homóloga, mesmo depois do óbito do marido de sua mãe. A Lei espanhola n.

35/88, no seu art. 9.2, veda a inseminação *post mortem*, mas deixa claro que, se efetuada, só estabelecerá o vínculo de filiação se houver declaração expressa nesse sentido do marido por instrumento público ou testamento. A inseminação *post mortem* não envolveria, ainda, uma violação ao direito à imagem e à intimidade do falecido? Como admitir, então, a inseminação artificial da mulher, mediante esperma congelado de seu falecido marido, já que isso acarretará consequências jurídicas?

Caso se pensasse por esse lado, tudo que o falecido tenha deixado seria intocável, inclusive a herança. O seu material genético foi recolhido em vida, por livre e espontânea vontade, portanto, seu uso, pela própria viúva não afronta o direito à imagem ou à intimidade do falecido. O *de cuius* enquanto vivo, não foi coagido a deixá-lo, devendo ter um motivo plausível para que isso tivesse acontecido. A morte em si tem suas consequências jurídicas, como o inventário, a partilha e etc. Dessa forma, tudo o que foi deixado vai pertencer aos herdeiros deixados, na proporção que lhes cabe. Nessa linha de raciocínio, o material genético deixado também seria passível de herança, necessariamente à viúva, que poderia decidir o que fazer com o mesmo, de acordo com a vontade que tinham enquanto marido e mulher. Diniz (2006, p. 556):

(...) mesmo com a solução dada pelo art. 1.597, III, do novo Código Civil, admitindo a presunção de filiação, será preciso não olvidar que o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798).

O casamento extingue com a morte, mas a vontade de ter prole era em vida. Se o próprio Código Civil reconhece os seres concebidos *post mortem* como filhos por que não podem se igualar aos demais quanto aos direitos sucessórios? A única coisa que iria diferenciá-los seria quanto ao direito de suceder, mas será que isso é o mais importante? O mais importante já foi positivado como direito, pois esse ser tem direito a uma família, ao uso do nome, aos alimentos, a uma proteção integral. O direito sucessório se mostra como consequência daqueles que são filhos, no caso herdeiros legítimos e necessários e não há o porquê de negar isso, acarretando uma diferenciação entre os filhos e também a um retrocesso à legislação tradicionalista eivada de preconceitos. A doutrinadora Diniz (2006, p.557) ainda aduz:

“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 ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao

filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Do ponto de vista institucional, pouco importaria, então, a vontade dos genitores: a paternidade dependerá daquela presunção legal.

Para a doutrinadora, que defende a corrente tradicionalista, o filho póstumo só teria capacidade testamentária para suceder, ou seja, de forma nenhuma ele entraria no rol de herdeiros legítimos. Esse entendimento é uma afronta aos princípios trazidos pela lei constitucional, visto que, a igualdade entre os filhos não está sendo respeitada, muito menos a dignidade da pessoa humana, a doutrina da proteção integral e, também, o direito a constituir família, pois esse direito está sendo, de certa forma, suprimido por entendimentos que diminuem alguns entes em detrimento dos demais.

4.2.2 A relevância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico

A posição minoritária é representada pelos doutrinadores Dias e Gonçalves, os quais defendem que o ser concebido por reprodução assistida *post mortem*, além do direito à filiação, à família, a alimentos e ao uso do nome, que já lhes é assegurado, tem sim direito à sucessão, visto se tratar de filho, não podendo haver distinção entre os mesmos e, nessa hipótese, a diferenciação se mostra inviável, pois a paternidade, além de ser jurídica, é biológica. Além disso, o próprio texto constitucional assegura a não discriminação referente aos filhos.

O artigo 227, §6º da Constituição Federal proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, pois os filhos terão os mesmos direitos e qualificações. Ou seja, independentemente do modo como foram concebidos e subentende-se que quaisquer outros aspectos são irrelevantes, visto se tratar de princípios que, nas ponderações, sobrepõem-se aos demais: igualdade e dignidade da pessoa humana. O doutrinador Gonçalves (2010, p. 77) ainda traz:

(...) são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição.

Nesse sentido, doutrinadores modernos fazem, primeiramente, uma ponderação entre os princípios da dignidade da pessoa humana combinado com a igualdade versus segurança jurídica dos herdeiros. Dessa feita, a igualdade e a dignidade, proclamadas no seio da Lei Maior se mostram mais relevantes, pois se busca a proteção do filho, assegurando-lhes os direitos fundamentais inerentes a qualquer pessoa. Um filho não deve ficar a mercê de seus próprios direitos e, se possui direito à filiação, conseqüentemente, terá direito à igualdade com os demais na mesma linha sucessória em que se encontra.

4.3 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO CONTEXTO ATUAL

As técnicas de reprodução assistida são aceitas no Brasil e são considerados filhos os concebidos *post mortem*, como previsto no Código Civil, mas o mesmo traz uma discriminação destes em relação aos direitos sucessórios. Pode-se concluir que a legislação vigente não se mostra suficiente para disciplinar essas técnicas de reprodução assistidas e suas conseqüências jurídicas. Isso demonstra, de certa forma, a falta de assistência e o descaso em relação ao assunto. Dessa forma, afirma Leite (1995, p. 110) que:

(...)quanto à criança concebida por inseminação *post mortem* (...), é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. (...) solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto da inseminação *post mortem*.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, §7º, funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana e traz que, o planejamento familiar é de livre decisão do casal e o Estado deve propiciar recursos ao exercício desse direito. Traz ainda, no artigo seguinte que, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, dentre outros, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e qualquer outra forma de opressão e supressão de direitos. Albuquerque Filho (2006, p. 173) aduz:

No nosso modo de sentir não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução

prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão.

É ainda auferido que, não há diferenciação entre os filhos, sejam eles havidos ou não da relação conjugal, ou por adoção, tendo os mesmo direitos e qualificações dos demais, proibindo-se qualquer discriminação. Ou seja, os filhos não podem sofrer qualquer discriminação o que acaba incluindo o direito a suceder legitimamente. E, defende Albuquerque Filho (2006, p. 189):

A criança assim concebida e gerada tem iguais direitos de família e de sucessões em comparação com os herdeiros da mesma classe e do mesmo grau, ou seja, é filha do falecido e do cônjuge ou companheiro sobrevivente, em atenção ao princípio constitucional da igualdade de filiação, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, corroborado pelo artigo 1.596, do Código Civil.

O direito à sucessão visa destinar o espólio do *de cuius* aos seus familiares, obedecendo a uma ordem de vocação. Primeiramente, cônjuge e descendentes e, na falta destes, ascendentes e, posteriormente, colaterais devem suceder. O sentido da herança é o de perpetuar o patrimônio construído pelo *de cuius* em vida, passando-o a gerações ou a terceiros, se assim dispor em testamento. Tem ainda como consequência, o amparo em relação à família do falecido.

O artigo 1.597, inciso IV prevê que os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga são presumidos concebidos na constância do casamento. E mais, a sucessão testamentária permite que sejam chamados a suceder os filhos de pessoas indicadas pelo testador mesmo que não concebidos no momento da abertura da sucessão, conforme disposto no art. 1.799, I do Código Civil, na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas estejam vivas ao abrir a sucessão.

O ordenamento civil é um tanto contraditório em relação à lei constitucional. A Constituição Federal e também leis infraconstitucionais trazem direitos aos filhos enquanto crianças, adolescentes e jovens, visando uma proteção, assegurando direitos à educação, alimentação, ao nome, cultura e etc. Dessa maneira, há garantia à igualdade de direitos referente à filiação e também não é permitida a discriminação da criança quanto à sua origem, que estão respaldadas não somente pelas leis infraconstitucionais, mas principalmente pela Constituição Federal de 1988. Assim, observa Albuquerque Filho (2006, p. 189):

No âmbito do direito das sucessões a interpretação da vocação hereditária, regulamentada no artigo 1.798, do Código Civil, deve observar que o

legislador não previu a possibilidade de uma pessoa falecida poder gerar um filho, através da utilização do seu material genético crioconservado, de sorte que não havendo expressa vedação legal, deve o intérprete compatibilizar essa nova perspectiva com os princípios da igualdade da filiação e da liberdade do planejamento familiar, previstos nos artigos 227, § 6º, e 226, § 7º, da Constituição Federal.

O Código Civil assegura a filiação, de forma analógica, mesmo que o filho seja concebido após a morte, mas não assegura direitos quanto à sucessão. Essa é uma forma de discriminação e que contraria enormemente os preceitos constitucionais, ferindo o princípio da igualdade. Esse desamparo traria efeitos, visto que, conseqüentemente, poderia gerar uma omissão quanto ao dever de alimentar, dar assistência, promover o bem-estar da criança, tudo isso estaria sendo negado a ela, de forma a não satisfazer as necessidades e direitos assegurados na própria norma constitucional. Nesse sentido, Reis (2010, p. 18) defende que “num Estado Democrático de Direito onde se apregoa o garantismo constitucional, tal possibilidade (de não legitimação do filho concebido *post mortem*) não pode prosperar, havendo de se achar outros meios para tutelar os direitos desta prole”.

Há, portanto, no contexto civil, uma contrariedade à Constituição brasileira, não explicitamente, mas que, de forma analógica, a maioria da doutrina vem entendendo que o herdeiro concebido por reprodução medicamente assistida *post mortem* não possua direitos sucessórios legítimos e, isso é decorrente da omissão do legislador, por não trazer tal hipótese em relação a filhos do próprio falecido. Qualquer discriminação demonstraria um retrocesso ao direito, visto que este já foi superado pelo Código Civil de 2002, que, diferentemente do Código de 1916, este o qual trazia em seu bojo certas distinções entre os descendentes, separando-os em legítimos e ilegítimos. Diante disso, conclui-se que, o operador do direito tem como prioridade fazer com que esses eventuais conflitos de normas sejam sanados, de modo a assegurar direitos e garantias fundamentais a todos.

5 A BUSCA PELA LEGITIMIDADE DO “HERDEIRO” CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Primeiramente, necessário se faz justificar a inserção do termo herdeiro entre aspas no título ao invés de utilizar a palavra filho ou descendente. A escolha por esse termo se deve ao fato de ser essa a hipótese a ser defendida no decorrer do trabalho, qual seja a sustentação da possibilidade de o filho concebido após a morte do *de cuius* se apresentar na qualidade de herdeiro, de forma legítima.

De imediato, cumpre salientar que, a analogia, a qual é empregada contrariando a Constituição Federal, só se aplica por haver omissão da lei diante do problema. Se esse tipo de reprodução fosse proibido no Brasil, não haveria no que se falar em direito sucessório do concebido *post mortem*. Mas ocorre que, há hipóteses e a tendência dos tribunais e magistrados é o de reconhecer, fazer com que a vontade última do casal seja respeitada, de modo a permitir que o filho venha a existir reconhecidos os seus direitos, o que inclui também os sucessórios.

Diante disso, analisar as consequências jurídicas, sobretudo no âmbito sucessório, da reprodução assistida *post mortem* é tarefa árdua e, também, gratificante, pois se propõe a solucionar o problema trazido pela norma brasileira. Visto se tratar de função inerente à atividade realizada pelo operador do Direito, zelar pelo cumprimento das normas e, sobretudo pelos direitos e garantias que são por elas regulamentados.

5.1 REFLEXOS DA REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM* NO ÂMBITO SUCESSÓRIO

Atualmente, o filho concebido *post mortem* pode suceder via testamentária, mas o ordenamento civil não diz claramente que isso pode ocorrer, traz uma analogia em relação à prole eventual de terceiros, visto que a época de sua criação, o legislador previu apenas a possibilidade de utilização de técnicas de reprodução assistida, mas não se preocupou em regulamentar as derivações desses métodos, como é o caso do congelamento de sêmen para futura utilização, especialmente quando o dono do material falece e a esposa quer utilizar o material para dar continuidade à prole.

Poder-se-ia considerar a vontade, ou até a disposição do próprio material genético em bancos de sêmen, pelo *de cuius*, pois se presume a vontade que possuía em vida de dar

continuação à prole. Para que isso fosse possível, teria que estar disposto em instrumento hábil a fim de demonstrar o real desejo do *de cuius* quanto a isso, de forma expressa, ou até mesmo, tácita.

Dada a repercussão da questão, decisões recentes aceitam a utilização do sêmen desde que haja consentimento prévio do doador, seja por declaração expressa ou mesmo ante a evidência da vontade do *de cuius* de ter filhos com a viúva. Assim, são oferecidos os direitos essenciais ao desenvolvimento do filho concebido por esse método, o qual recebe proteção adequada e a mesma que os outros filhos possam receber, mas deixa aquém em relação aos direitos sucessórios. Dias (2008, p. 117) afirma:

O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Assim é possível esclarecer que, apesar de a própria Constituição Federal trazer a igualdade entre os filhos e de serem assegurados esses direitos à prole, não há qualquer proteção do filho concebido *post mortem* quanto ao direito de herança, o que leva à conclusão de que a equiparação é defendida no ordenamento constitucional, mas as próprias leis infraconstitucionais relativizam essa equiparação, não a estendendo a toda a prole. Assim sendo, Almeida (2003, p. 104) entende:

(...) reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o plurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas os privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher e herança. Isso se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro.

A negação de herança aos filhos concebidos *post mortem* demonstra, de certa forma, uma abstração aos demais direitos concedidos aos filhos, tanto crianças, adolescentes ou mesmo adultos, pois os priva de exercer certos direitos a eles disponibilizados, confrontando com princípios constitucionais, como o princípio da igualdade entre os filhos, igualdade esta conquistada recentemente, visto que o código civil anterior trazia a diferenciação entre os entes da prole.

Também por analogia, o Código Civil aceita a hipótese de sucessão testamentária do filho concebido *post mortem*. Mas isso não pode ser considerado um direito nem ao menos

uma equiparação, visto que, qualquer pessoa, desde que não seja indigna, pode suceder por testamento, mesmo não tendo vínculo nenhum com o *de cuius*.

Aqui a situação é diferente, pois se trata de filho natural e a negatividade de suceder ainda perdura, pois a maioria dos doutrinadores defende a impossibilidade de sucessão. Isso é inadmissível, as normas devem acompanhar a evolução da sociedade, sobretudo quanto ao aspecto familiar, pois a mutação é bem rápida, como explica Delgado (2008, p.117):

O desenvolvimento da sociedade, a causar o envelhecimento natural dos códigos, gera, em contrapartida, a necessidade de se regulamentar *a latere* do código toda uma gama de novas questões. O Direito de Família realmente possui institutos que o diferenciam, de forma muito peculiar, dos demais ramos, especialmente pela sua aderência direta e imediata às realidades da vida, que de tão diversificadas e mutáveis implicam a impossibilidade de o Código Civil albergar todas as demandas da família contemporânea.

E, a família brasileira vem evoluindo, de forma consubstanciada e que, nesse diapasão merece um tratamento especial, não deixando que aspectos externos influenciem e delimitem o exercício de direitos dos indivíduos. É importante trazer o ideal de igualdade, sobretudo quando se relaciona a entes de mesmo nível, como os filhos, pois aspira algo justo e digno.

Nas palavras de D'Angelo (2010, p.113), “os direitos humanos visam defender a perpetuação da espécie humana” e, o texto constitucional traz esses direitos como preceitos, o que revela a “supremacia constitucional à proporção que os direitos e garantias fundamentais previstos são acolhidos de forma inquestionável”.

Dentre os preceitos trazidos pela Constituição Federal temos o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à dignidade, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, a ver reconhecida a maternidade e a paternidade, enfim, são direitos elencados e que se coaduna a todos, independentemente de qualquer diferença. A única distinção de direitos é em relação aos aspectos sucessórios, o que não se justifica.

A impossibilidade de sucessão legítima pelo filho concebido *post mortem* se justifica pela inexistência do filho à época da abertura da sucessão e pela conseqüente insegurança jurídica dos demais herdeiros quanto à herança. Contudo, essas justificativas não devem obstar a equiparação absoluta, inclusive quanto à herança, visto a inviabilidade dessa diferenciação, pois da mesma forma que não se apresenta hierarquicamente superior ou inferior aos demais direitos, confronta o dispositivo constitucional que assegura a igualdade entre os filhos.

Ante a possibilidade de o herdeiro concebido por reprodução assistida *post mortem* ter legitimidade para suceder, tem-se alguns reflexos apresentados, tais como a ideia de ação de petição de herança e nova partilha de bens. Em relação a essa ação, tem-se que, quando há herdeiros legítimos que não estão habilitados a herdar os bens deixados pelo ascendente falecido, pode-se propor ação que tem por finalidade proteger esse direito, visto que, muitas vezes acontece de algum sucessor não ter sido reconhecido como herdeiro, ou tenha sido excluído da partilha, devendo este, comprovar seu parentesco com o *de cuius*. Com base nisso, Nader (2008, p.122) explica:

Com o ajuizamento da ação de petição de herança o autor busca o reconhecimento judicial de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, acrescida de frutos e rendimentos, retroativamente à abertura da sucessão, de quem co-herdeiro ou não, se encontra na posse dos bens.

Sendo assim, no caso concreto, o ajuizamento de petição de herança resolve a questão, pois o autor pode pedir que se reconhecesse o seu vínculo e, também seu direito, obtendo assim sua quota da herança, cabendo ao juiz refazer a partilha, incluindo-o no novo rol de herdeiros legítimos.

Para Tartuce (2010, p. 117), na ação de petição de herança o autor pede o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro e sua restituição da herança, no todo ou em parte o que se conclui que, no caso em questão, em que pese o não reconhecimento do filho concebido *post mortem*, essa ação seria a ideal para fins de tutela do direito pretendido.

Portanto, não se mostra viável a proteger direitos sucessórios dos concebidos *post mortem* de forma genérica, pois se apresenta somente como solução no caso concreto. E a intenção não é somente a de proteger direitos restritos e específicos, mas o de primar por interesses amplos, resguardando o mesmo direito a todos e não somente àqueles que peticionam com a finalidade de serem reconhecidos.

A sociedade evolui e, com ela também deve evoluir as normas que a regem, não permitindo que se tornem obsoletas a ponto de não atender às ínfimas exclamações e purgações desse corpo social. É por isso que a busca primordial pelo reconhecimento pleno dos direitos sucessórios da prole obtida por técnicas de reprodução humana medicamente assistida *post mortem* se mostra um grande desafio, visto que se emergem vários aspectos filosóficos e hermenêuticos a cerca da real função do operador do direito quanto ser que busca a justa efetivação dos direitos na sociedade.

5.2 PAPEL DO OPERADOR DO DIREITO E A APLICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

É papel e também dever do operador do direito fazer normas condizentes à sociedade, de forma a conservar e melhorar o bem-estar social, bem como solucionar conflitos. Para isso são dispostos instrumentos para cumprir essa função, podendo ser considerados como operadores do direito o legislador e também o intérprete, porém, na mentalidade conceitualista eles possuem funções diversas, conforme explica Betioli (2012, p.408):

O legislador cria, o intérprete explica. O primeiro, como todo criador, goza de total liberdade; o segundo, como todo exegeta, é servo do texto a ser interpretado. O primeiro apresenta um ato de vontade; o segundo um ato de inteligência. Ao invés disso, no pensamento finalista, as duas figuras quase se confundem. O legislador se torna o primeiro intérprete; o intérprete se torna um segundo legislador; ambos descobrem e criam direito. Tanta diversidade de posições é explicável somente com o modo diferente de conceber a lei. Se esta for o simples comando do legislador, o intérprete seria uma figura passiva, como quer o conceitualista; se, ao contrário, esta for uma exigência do ambiente social, então poderá ser lida e receber propostas a qualquer momento e por qualquer um dos dois. O primeiro que a expressa se chamará legislador; o segundo, que a relê e faz uma nova proposta, se chamará intérprete; ambos leem o direito na consciência social, que é a única fonte e a única pedra de toque do valor da lei. Para salvar pelo menos as aparências da continuidade histórica, o intérprete buscará salvar as velhas fórmulas, mas as adaptará para dizer o que a nova consciência social exige.

Devido o caráter dualista do papel do operador do direito, tem-se que, a criação do direito se remonta à concepção da lei e, sobretudo, à interpretação, sendo assim, interdependentes, não podendo o operador do direito, fugir à real e justa aplicação da norma. E, tanto a concepção quanto a interpretação das leis devem ser pautadas no ideal de justiça, obedecendo aos princípios trazidos no bojo da lei constitucional, esta que coordena todas as demais leis existentes no Estado, não deixando emergir aspectos legislativos e interpretativos que a contrarie. Betioli (2012, pp.419-420), traz mais:

É importante ressaltar que a realização do direito, através da decisão judicativa concreta, não se esgota na simples “aplicação” das normas jurídicas prévias e positivadas; é também “criação” (constituição) de direito. A aplicação do Direito, ou o ato de subordinação ou subsunção do fato à forma, não é pois um ato reflexo e passivo. O aplicador da lei não assume aquela conduta de “ente inanimado” referida por Montesquieu, ou a condição de um operador de máquinas automáticas, em que se põem os fatos no orifício de entrada, puxa-se uma alavanca e retira-se a decisão pré-formulada (...).

Assim, lei e função judicial vão se complementando no processo de criação do direito, cada qual com suas individualidades, pois a lei se opera com possibilidades reais genéricas e futuras, e o aplicador das normas trabalha com fatos individuais e concretos, cuidando este, de acontecimentos pretéritos. Mas, independentemente dessas distinções, a lei bem como sua aplicabilidade deve ser condizente ao bem estar coletivo, fazendo com que vícios e omissões sejam sanados o mais precisamente possível, evitando lacunas e interpretações doutrinárias errôneas que obstem o exercício de certos direitos.

5.3 POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO IGUALITÁRIO DE TODOS OS FILHOS, SEM EXCEÇÃO

Apesar de a maioria dos doutrinadores defenderem a não equiparação da prole concebida após a morte do *de cuius* quanto aos direitos sucessórios, contudo, mostra-se relevante a promoção do tratamento igualitário desse descendente, visto se tratar não de mero capricho, mas de respeito aos princípios constitucionais.

Dos princípios que merecem maior destaque está a dignidade da pessoa humana, que se mostra como “base da própria existência do Estado brasileiro e fim de todas as suas atividades, criação e manutenção das condições para que as pessoas sejam respeitadas, resguardadas e tuteladas, em sua integridade física e moral, assegurado o desenvolvimento pleno de suas possibilidades e aptidões” (BETIOLI, 2012, p. 497). E, também, o princípio da igualdade, baseado na concepção aristotélica, expressa em “tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais, levando em conta os graus de emergência, necessidade ou utilidade do caso” (BETIOLI, 2012, p.498).

Faz-se mister respeitar o disposto no texto constitucional e, equivalendo-se do princípio da igualdade tem-se a lei não pode estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam tratamento idêntico, como é o caso dos filhos, os quais devem ser tratados da forma mais igualitária possível, não fazendo quaisquer distinções sobre natureza, sexo, cor, tamanho, forma de concepção a fim de determinar os direitos de cada um. Ora, pois, os direitos são para todos e não se mostra constitucional o tratamento diferenciado como o representado pela aplicação analógica da lei civil face ao filho concebido após a morte do *de cuius*, devido à omissão do ordenamento civil frente ao problema.

5.3.1 A minoria doutrinária a favor da legitimação

É sabido que no ordenamento jurídico brasileiro todas as normas devem estar em consonância com a lei constitucional, norma esta que será obedecida, pois traz, além de uma organização do Estado, uma série de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos. Qualquer descompasso apresentado por leis infraconstitucionais em relação à Constituição Federal deve ser revista, sob pena de afetar inteiramente direito ou proteção anteriormente assegurada. E, nesse ínterim, Freitas (2010) ensina:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A vontade do doador (cônjuge ou companheiro) na reprodução assistida sempre será expressa por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, sem que, necessariamente, haja o doador realizado um testamento, por isto, é importante prever uma solução para o caso concreto de haver material genético para reprodução assistida sem testamento indicando a prole futura. (...) havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.

Nesse diapasão, o Código Civil minora o que foi estabelecido no texto constitucional, deixando de observar os princípios constitucionais estabelecidos. A CRFB/1988 pressupõe que a família é a base da sociedade e defende a livre decisão quanto ao planejamento familiar o que se leva a primar pela decisão única do casal em se querer ter ou não filhos, seja por quaisquer métodos, tanto natural ou artificial, não legitimando o Poder Público na figura do legislador em escolher os direitos que tais filhos podem ou não vir a ter, com o intuito de estabelecer distinção entre eles.

A professora Hironaka (2003, p. 119) também defende essa linha, entendendo que, como se assegura a possibilidade de reprodução humana medicamente assistida *post mortem*, método esse positivado em resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM, estabelece-se “o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes (...), incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido”.

Ou seja, deve-se ater, sobretudo, ao princípio da igualdade, pois qualquer discriminação desrespeitaria norma constitucional imposta e significaria um retrocesso, evidenciando a diferenciação dos filhos tão prezada na lei civil vigente no século XX. Mostrase mais viável a equiparação de todos os filhos, ainda que concebidos *post mortem*, de modo a fazer cumprir esse preceito tão importante e que foi elencado no rol constitucional, o qual

dispõe sobre uma a instituição familiar, tão importante para toda a sociedade como um todo. Almeida (2003, p. 104) ensina o seguinte:

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

Como se pôde verificar, não há no Código Civil brasileiro norma expressa que exclua o filho concebido *post mortem*, visto que foi impossível prever isso à época de sua criação. Diante disso, vê-se, portanto, que sua exclusão se dá em decorrência da omissão do legislador quanto ao assunto, aplicando o intérprete a analogia relacionada à prole eventual de terceiros. Por esse motivo, faz-se mais que necessária, faz-se essencial, a regulamentação do tema, de modo a evidenciar direitos preestabelecidos constitucionalmente, baseando-se no princípio da igualdade.

5.4 OMISSÃO DO CÓDIGO CIVIL FRENTE AO PROBLEMA

Não há dúvidas a cerca da omissão apresentada pelo Código Civil frente ao assunto abordado. A omissão deve ser sanada de forma que torne eficaz a norma a ser empregada no âmbito social aos entes que compõem esse corpo. O não cumprimento do papel do legislador de sanar essas lacunas, não observando a integração do direito pode consequenciar atos irreparáveis e que prejudicam os indivíduos. Assim sendo, Betioli (2012, p. 421) explica:

(...) o Direito existe para ser vivido, para ser aplicado. Por outro lado, a experiência mostra que as leis, por mais bem planejadas, não conseguem prever e disciplinar toda a grande variedade de acontecimentos que surgem em decorrência das mudanças sociais, hoje rápidas e profundas. Os legisladores, por mais que o queiram, não conseguem acompanhar com suas normas jurídicas a dinâmica de transformações da realidade social. Com outras palavras, as normas jurídicas não conseguem disciplinar todo o volume de situações que emergem nas relações sociais. Dessa forma, quando surge um caso que não está previsto pelas normas jurídicas, ou seja, quando

para um fato não há norma adequada, estamos diante de uma *lacuna* que deve ser preenchida pelo aplicador através da *integração do direito*.

A interpretação analógica só se efetiva, pois há omissão da lei quanto ao assunto e, até mesmo a analogia utilizada atualmente, fere a Constituição Federal. Diante dessa lacuna apresentada por ocasião da omissão, certas atitudes devem ser tomadas pelo operador do direito, com vistas a solucionar o problema da forma mais calorosa e mais benéfica a todos, atendidos os preceitos constitucionalmente previstos.

Face à verificação da omissão do legislador, tem-se um método plausível e eficaz para sanar a lacuna e promover a integração do direito, qual seja a utilização de ação do controle concentrado de constitucionalidade, objetivando sanar omissão normativa, na falta total ou parcial da lei, mesmo em casos que a lei exista e que não consiga atender a toda a expectativa constitucional.

5.4.1 Propositura da devida ação

Ante a omissão da lei civil e ao desrespeito a preceito estabelecido na Constituição Federal a ação a ser proposta seria ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO, “modalidade de controle de omissão por parte de órgão encarregado de elaboração normativa, destinando-se a tornar efetiva disposição constitucional” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p.893).

E, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal orienta que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se restringe à omissão legislativa, alcançando, também, a omissão de órgãos administrativos que devam editar atos administrativos em geral, necessários à concretização de disposições constitucionais. E que, a inconstitucionalidade por omissão verifica-se naqueles casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos normativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais, já que muitas destas requerem uma lei ou uma providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO tem como objeto a omissão inconstitucional, que ocorre quando “a Lei Maior deixa de ser observada, ficando impedida sua plena aplicação, por causa da omissão ou inação do poder constituído competente” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p.896).

Quanto à legitimidade para propor a ação, são os mesmos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade genérica, “apresentados no rol do artigo

103 e seus incisos, dispostos na Constituição Federal. Porém, a referida ação deve ser examinada minuciosamente, levando-se em conta o ato omissivo questionado” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, pp.894-895). Os referidos doutrinadores ainda aduzem:

Assim, o legitimado pelo art. 103 da Constituição não poderá propor uma ação direta por omissão se ele é a autoridade competente para iniciar o processo legislativo questionado nessa ação. Não poderá, por exemplo, o Presidente da República propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão questionando a mora quanto à apresentação de projeto de lei sobre matéria de sua iniciativa privada (CF, art. 61, §1º), pois, nesse caso, sua própria inércia – não apresentar o respectivo projeto de lei ao Poder Legislativo – é que afronta a Constituição.

Em relação à legitimidade passiva, os figurantes nesse polo são os órgãos ou autoridades omissos que deixaram de adotar as medidas necessárias à realização dos preceitos trazidos no seio do texto constitucional e que abstiveram de cumprir o dever que lhes foi imposto. Assim, conforme bem explica Paulo e Alexandrino (2014, p. 895):

(...) se a omissão diz respeito ao dever de expedir uma lei federal, será apontado como requerido o órgão que permanece omissos quanto a esse dever, qual seja o Congresso Nacional, órgão legislativo da União. Se a omissão refere-se ao dever de expedir uma lei estadual, será apontado como órgão omissos a Assembleia Legislativa, órgão legislativo do Estado-membro.

Destarte, deve-se observar em cada caso o poder de iniciativa de lei, para que assim possa ser configurada a legitimidade passiva em face de algum órgão ou autoridade que se omitiu e não cumpriu o dever a eles imposto. No caso em tela, a legitimidade passiva seria do Congresso Nacional, órgão legislativo da União, visto se tratar de omissão parcial apresentada por lei federal.

Contudo, a petição de ADO “deverá indicar a omissão inconstitucional, total ou parcial, quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa, bem como o pedido, com suas especificações, devendo ser fundamentada e observado o princípio da indisponibilidade, ou seja, depois de proposta, não se admitindo a desistência” (PAULO; ALEXANDRINO, 2014, p. 897).

5.5 MATERIALIZAÇÃO DO OBJETIVO

Ante a inércia do legislador em estabelecer iguais direitos aos filhos e o entendimento da maioria doutrinária em aplicar a analogia, a qual exclui o direito à legitimidade sucessória do filho concebido após a morte do pai, tem-se que não estão sendo obedecidos os direitos e as garantias constitucionais, pois ao invés de promover o princípio da

igualdade, gera-se a exclusão de direitos, o que, conseqüentemente, exclui a ideia de igualdade entre os filhos, pois não os equipara em relação aos direitos. Betioli (2012, p. 239), em sua análise filosófica em relação à leis, afirma:

A rigor, são “perfeitas” somente as normas de Direito que (...) sejam dotadas de fundamento ético, ou seja, visam realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isso significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida em sociedade.

Nesse raciocínio, pode-se verificar que a afronta ao princípio velado constitucionalmente pode ser considerado como sem fundamento ético e também injusto para tanto, não obedecendo à sua finalidade ideal, qual seja a de trazer à sociedade efetivação de direitos e ideais de justiça. Assim, mostra-se viável a propositura de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade adequada ao caso, visto a possibilidade de sanar a omissão do legislador em amparar o filho concebido por reprodução *post mortem*, igualando-o ao demais, observando, contudo, o princípio da igualdade, trazido no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão deve ser proposta como um meio de fazer com que matérias constitucionais sejam resguardadas e, sobretudo, que o direito dos indivíduos possa ser protegido contra eventuais indisposições por parte daqueles que detêm a competência para elaborar leis condignas à realidade social, de modo a suprir carências e levar ao indivíduo a efetivação de seus direitos e sua satisfação, pois é esse o papel do Estado, o de garantidor de direitos.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho, confirma-se a possibilidade de legitimação sucessória do filho concebido por reprodução medicamente assistida *post mortem*, visto que, estes direitos são negados aos mesmos, demonstrando a assimetria entre os filhos, o que não é permitido na Constituição Federal.

Apresentados os principais aspectos pertinentes ao assunto no decorrer do trabalho, poder-se-ia fazer algumas aferições, tais que fundamentariam a ideia de legitimação do filho concebido *post mortem*. Assim, pode-se indagar que, desde os primórdios a família era vista como uma instituição que buscava propagar, acima de tudo, uma espécie de religião, sem que houvesse qualquer laço de afetividade e igualdade entre os filhos.

Com o passar dos séculos, muitos conceitos foram mudando, de modo a atender aos anseios de uma sociedade que submergia a uma longa história de revoluções, vencendo medos, preconceitos e lutando por seus ideais de liberdade, igualdade e também de condições humanas de sobrevivência. Visto isso, as normas que tiveram que ser adaptadas, pois, devido às mudanças de pensamento, condições, atitudes, as leis que vigoraram há alguns anos atrás não são capazes de atender às demandas do corpo social, sendo necessária a sua adaptação à verdadeira realidade. É um processo contínuo.

No capítulo 1, deduz-se que, em abordagem ao direito sucessório, a presença de lacunas na lei fere o disposto no texto constitucional e que, ao se relacionar com os meios advindos de pesquisas e estudos científicos, como os métodos de reprodução assistida, as normas atuais não se mostram suficientes a reger essas relações inovadoras. Pois, várias coisas mudaram, inclusive assuntos relacionados à família, tais como a questão da afetividade dos seus vínculos e também a igualdade entre todos os filhos, incluindo aqueles que foram concebidos após a morte de seu progenitor.

Frente a isso, temos uma evolução de direitos, que se estendem a todos, sem que haja discriminações, com vistas à equiparação dos que se encontram em mesmo patamar. Porém, há casos que merecem uma atenção especial, pois não encontraram o respaldo necessário a fim de que se possa valer essa evolução.

Em relação ao Capítulo 2, infere-se que, devido às transformações sociais e à descoberta de novas técnicas, é necessário que as normas disponham sobre o assunto, como é o caso da bioética e do biodireito, os quais vêm estabelecendo parâmetros a fim de que direitos sejam respeitados, sob a ótica de certos princípios já arraigados e princípios

constitucionais. E mais, também se faz necessário que, os padrões éticos exigidos dos profissionais se materializem, ou seja, que haja a materialização das resoluções que regulamentam as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, por exemplo, no próprio ordenamento jurídico, facilitando-se assim a dinamicidade das relações humanas e seu acesso, evitando o surgimento de lacunas e de interpretações diversas.

No Capítulo 3, é demonstrado concretamente que a lei civil não trata especificamente da questão do filho concebido por reprodução medicamente assistida *post mortem*, deixando lacunas para que doutrinadores disponham sobre o assunto. E o que preocupa é a ideia trazida pela posição majoritária, a qual pouco se importa com o desamparo ao filho concebido *post mortem* e também com a mácula à Constituição Federal.

É certo salientar que, em tese, não há princípios hierarquicamente superiores uns aos outros. Porém, no caso concreto, é diferente, pois alguns princípios se tornam mais importantes a serem respeitados, dada à gravidade do assunto. E, nesse caso apresentado no decorrer da monografia, é importante mensurar qual o princípio deve prevalecer: princípio da igualdade ou princípio da segurança jurídica.

Em remate ao Capítulo 4, sem dúvida alguma, mostra-se que a posição doutrinária da minoria é que deve prevalecer, pois assegura a observância do princípio da igualdade entre os filhos. Nada mais justo, pois a sociedade levou tanto tempo para que fossem reconhecidos direitos do tipo e, uma omissão na lei não deve servir para que interpretação analógica contrária atinja e que aplique uma retroação tão arcaica e cheia de preconceitos.

Em sentido lato, pode-se inferir que todos os direitos concedidos aos filhos devem ser estendidos aos filhos concebidos *post mortem*. A legitimação dos mesmos se mostra um tema muito relevante no cenário atual, e sua equiparação mais ainda à modernização do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a atender aos anseios sociais, pois são todos dignos de exercer iguais direitos, sem quaisquer discriminações. Ora, pois, se lhe é permitido, no ordenamento atual o uso desses métodos de reprodução humana assistida *post mortem*, não tem o porquê de se negar direitos ao filho assim concebido.

E, conseqüentemente, torna-se evidente que a legislação brasileira, sobretudo parte do ordenamento civil, precisa ser reformada, pois essas lacunas devem ser sanadas, para que os indivíduos exerçam seus direitos, pois o papel do operador do direito é fazer que as normas sejam criadas e, contudo, que também sejam aplicadas, de modo que não lesione qualquer pessoa.

REFERÊNCIAS

Livros:

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

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código Civil Comentado. **Direitos das Sucessões. Sucessão em geral. Sucessão Legítima** – vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

BETIOLI, Antonio Bento. **Curso de filosofia do direito – conceito, fundamento e método**. São Paulo: LTR, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil – Família e sucessões**, vol. 5. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORREIA, Francisco de Assis. **Alguns desafios atuais da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Título original: La Cité Antique - Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome. Digitalização: Versão para eBook. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

D'ANGELO, Suzi e Élcio. **Teoria e prática – Direito de família**. Leme/SP: Anhanguera Editora Jurídica, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – direito das sucessões**. 17ª edição. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12ª edição. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3ª edição. Vol. 4. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2004.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MIRANDA, Gonzalo. **Bioética e eutanásia**. Tradução Elaine Caramella. Bauru/SP: EDUSC, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – Direito das sucessões**. 35ª edição revista e atualizada. Vol. 6. São Paulo: 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros; **PINTO**, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, Vol.6. Direito das Sucessões. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 12ª edição. São Paulo: Método, 2014.

POLAINO - LORENTE, Aquilino. **Manual de bioética geral**. São Paulo: Rialp, 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 25ª edição atualizada. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética. I Fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 1997.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**. Vol. 6. Direito das Sucessões/ Flávio Tartuce, José Fernando Simão; prefácio Zeno Veloso- 3º ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

TELLES, Goffredo. **Ética – Do mundo da célula ao mundo dos valores**. 2ª edição, revista, Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Artigos científicos:

ALENCAR, Ana Maria Gonçalves Bastos de. **Os filhos da ciência: reprodução humana heteróloga**, 2011. Disponível em:
<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/os.filhos.da.ciencia.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BARBOSA, Eduardo Rodrigues da Cruz. **Reprodução Humana Assistida post mortem sem autorização expressa do cônjuge falecido**. Disponível em:
<http://www.repositorio.uniceub.br/handle/123456789/1303>. Acesso em: 2 de abr. 2014.

COCO, Bruna Amarijo. **Reprodução assistida post mortem e seus aspectos sucessórios. Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3238, 13 maio 2012. Disponível em:
<http://jus.com.br/artigos/21747>. Acesso em: 7 de nov. 2014.

DELGADO, Mário Luiz. **Um novo direito de família que se projeta**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/M%C3%A1rio%20Luiz%20Delgado>, publicado em 13 de fev. 2014. Acesso em: 15 de ago. 2014.

FADEL, Evando. **Nasce bebê concebido com sêmen de pai morto**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,nasce-bebe-concebido-com-semen-de-pai-morto,735542,0.html>. Acesso em: 05 de jun. 2014.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e Biodireito**. Disponível em <http://www.uel.br/cesa/dir/pos/publicacoes/pubjussaraf.html>. Acesso em: 2 de abr. 2014.

FERREIRA, Maria de Fátima. **Esterilidade e reprodução assistida: no jornal impresso diário e na narrativa de homens e mulheres estéreis no Brasil**. Tese de doutorado, Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Câmpus de Araraquara, 1999.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 10 de nov. 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>. Acesso em: 10 de nov. 2014.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de e SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução assistida: Um pouco de história**. Rev. SBPH [online]. 2009, vol.12, n.2, pp. 23-42. ISSN 1516-0858. Acesso em: 15 de nov. 2014.

POTTER, Von Ressaer. **Bioética: ponte para o futuro** (Traduzido). New Jersey: Prentice-Hall., Englewood Cliffs; 1971. Disponível em: http://mcardle.oncology.wisc.edu/faculty/bio/potter_v.html. Acesso em: 7 de abr. 2014.

REIS, CAROLINA ELOÁH STUMPF. **Direitos sucessórios na reprodução medicamente assistida**. Tese (graduação) – IDC de Porto Alegre, 2010. Acesso em: 10 de nov. 2014.

SILVEIRA, Fernando Lang da. **Bioética**, v. 19, número especial: p. 28-51, mar. 2002. Acesso em: 18 de abr. 2014.

SOUZA, Wagner Mota Alves. **ARacaju: Evocati Revista n. 41**, 2009. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=327. Acesso em: 02 de jun. 2014.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade: contexto científico regulamentar**. (trechos) 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Acesso em: 23 de mar. 2014.

VIEIRA, Thais de Sousa Lima. **A destinação dos embriões humanos excedentes de acordo com a bioética e o direito brasileiro vigente**. UniCEUB – Brasília, 2012. Acesso em: 23 de mar. 2014.