

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE - FDR**

**AS CONSEQUÊNCIAS DA FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO
SUCESSÓRIO: *NECESSIDADE DE* REGULAMENTAÇÃO**

GERSON FERREIRA LIMA DE SENA

MONOGRAFIA FINAL DE BACHARELADO EM DIREITO - UFPE

**Recife
2018**

GERSON FERREIRA LIMA DE SENA

**AS CONSEQUÊNCIAS DA FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO
SUCESSÓRIO: *NECESSIDADE DE* REGULAMENTAÇÃO**

Monografia Final de Curso apresentada
como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito pelo
CCJ/UFPE.

Área de Conhecimento: Direito
Sucessório e Direito de Família.

Orientadora: Prof.^a Fabíola
Albuquerque Lôbo

Recife
2018

AS CONSEQUÊNCIAS DA FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO: *NECESSIDADE DE* REGULAMENTAÇÃO

Monografia Final de Curso apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pelo CCJ/UFPE.

Área de Conhecimento: Direito Sucessório e Direito de Família.

Orientadora: Prof.^a Fabíola Albuquerque Lôbo

Data de apresentação: ____/____/____

Prof.

Prof.

Prof.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a realidade social da reprodução assistida e seu entrelaçamento com o Direito. Com efeito, sendo tal espécie de manipulação genética apta a gerar vida, não é assunto ao qual deva o Direito ficar alheio. Contudo, ainda não existe regulamentação jurídica sobre todas as vertentes do assunto. O Código Civil reconhece apenas o vínculo de filiação em casos de reprodução artificial homóloga *post mortem*, ficando silente quanto aos demais aspectos inerentes a tal vínculo, notadamente, quanto ao direito de herança do filho assim concebido, aspecto que é o principal objeto de análise da pesquisa. Um apanhado sobre as opiniões doutrinárias demonstra que a doutrina brasileira é majoritariamente contra o direito de herança em tais situações em homenagem ao Princípio de *Saisine*. Nesse sentido, a pesquisa trouxe uma reflexão sobre a coexistência de princípios no ordenamento jurídico, notadamente, os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Isonomia e do Melhor Interesse da Criança. Concluiu-se que não se deve privilegiar o Princípio de *Saisine* a ponto de suplantar os demais princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a regulamentação reclamada na pesquisa deve conferir os direitos sucessórios ao filho artificialmente concebido após a morte de um dos pais, como forma de atender e agregar coerência lógico-sistemática ao Direito brasileiro.

Palavras chave: Reprodução. Sucessão. Regulamentação. Princípio.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. FAMÍLIA.....	3
2.1. Conceito de Família.....	3
2.2. Filiação.....	4
2.3. Igualdade entre os filhos	5
2.4. Planejamento Familiar.....	7
3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	8
3.1. Aspectos históricos e psicológicos.....	9
3.2. Breve panorama das técnicas de reprodução assistida.....	12
3.2.1. A inseminação artificial	12
3.2.2. A fertilização <i>in vitro</i>	13
3.2.3. Transferência Intratubária de gametas.....	14
3.2.4. Doação de Espermatozoides.....	15
3.2.5. Doação de óvulos.....	16
3.2.6. Mães de Substituição.....	17
3.3. Fertilização Homóloga <i>post mortem</i>	19
4. DO DIREITO A SUCEDER.....	21
4.1. Ordem de vocação hereditária.....	21
4.2. Visões doutrinárias acerca dos direitos sucessórios do embrião fertilizado homologamente <i>post mortem</i>	22
4.3. Da coexistência entre princípios no ordenamento jurídico.....	25
4.4. Comparativo com a prole eventual.....	31
5. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO.....	33
5.1. O direito e o fato social	33
5.2. A tutela jurídica da reprodução assistida.....	36
6. CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS	42

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão do curso faz uma abordagem da relação entre o avanço da tecnologia e o Direito, especificamente, no que concerne às técnicas de reprodução assistida.

A escolha do tema é relevante pelo fato de não haver regulamentação jurídica acerca da matéria, assim como pela necessidade de a pesquisa considerar o avanço de técnicas capazes de gerar vida um assunto que não deve ficar à margem do Direito.

Destarte, o objetivo da pesquisa é demonstrar a necessidade de regulamentação acerca da fertilização artificial humana e, após normatização, que se reconheça a legitimidade para suceder do filho nascido através de fertilização artificial homóloga após a morte de um dos detentores do material genético.

Nesta monografia constará, no início, uma análise dos conceitos de família e de vínculo de filiação, assim como é analisada a evolução no tratamento dado aos filhos, até se chegar à consagrada igualdade que hoje se tem no ordenamento jurídico brasileiro. Serão feitas, também, breves considerações acerca da liberdade de planejamento familiar.

Em seguida, apresenta-se um panorama sobre as técnicas de reprodução assistida, os aspectos históricos e psicológicos a elas inerentes, além da abordagem a fertilização artificial homóloga *post mortem*.

Ademais, faz-se uma explicação sobre o delineamento da ordem de vocação hereditária de acordo com o código civil, um apanhado sobre as visões doutrinárias acerca do direito à sucessão do filho nascido de concepção artificial homóloga *post mortem*, elaborando reflexões sobre a coexistência dos princípios que estão relacionados ao tema.

Por fim, a discussão ecoará em torno da necessidade de regulamentação sobre o tema, uma vez que a fertilização artificial constitui uma realidade do contexto social que não pode ficar alheia ao direito, assim como se busca ilustrar que um ordenamento jurídico deve prezar por sua coerência lógica, motivo pelo qual não existe justificativa para que se reconheça vínculo de filiação em casos de

fertilização artificial homóloga *post mortem*, mas não se reconheça o direito de habilitar-se na respectiva sucessão.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, com consulta a livros e alguns acessos à rede mundial de computadores.

A pesquisa busca elucidar aspectos que permanecem ignorados pelo Direito Civil Brasileiro.

2. FAMÍLIA

A história conta que em todas as sociedades que existiram, a família sempre esteve constituída, não havendo povo, cultura, tradição e valores que não tivessem nela o alicerce de disseminação das suas características.

Não somente por uma observação histórica, mas também por uma necessidade de perpetuação da espécie e sobrevivência individual. A formação de clãs para aumentar poder de proteção e se colocar com mais força na disputa de recursos naturais é um exemplo que pauta os aspectos de sobrevivência. Além disso, é inevitável que se desenvolva laços de proximidade ao passar conhecimento e proteção aos sucessores.

O conceito de família sofreu, entretanto, variações no tempo e no espaço, sobretudo na forma de como a família se vê e de como é vista, de tal maneira que a definição de família abrange aspectos que podem extrapolar os laços biológicos.

2.1. Conceito de Família

A palavra “família”, essencialmente, invoca multiplicidade, não podendo sua conceituação se dar a partir da consideração de um só prisma. Conforme assinala Pereira, “a plurivalência semântica é fenômeno normal no vocabulário jurídico.” (2009, p. 17).

Sob o aspecto biológico, a família é compreendida por laços genéticos e de ancestralidade. Aduz Pereira: “Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”. (2009, p. 23). De acordo com essa definição, o laço biológico é determinante na caracterização da família.

Com a vigência do Código Civil de 2002 e a chamada constitucionalização do direito civil, não mais existe diferenciação entre a filiação biológica e a filiação adotiva, sendo necessário o alargamento do critério de conceituação de família. Para Diniz: “(...) Entendendo-se como família o grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, **unidos pela convivência e afeto**, numa mesma economia e sob a mesma direção”. (grifos nossos) (2007, p. 12).

Torna-se nítido que se passou a levar em consideração, inclusive, a afetividade familiar, consistente no *animus* de manter uma convivência pautada em uma comunhão de valores e desígnios, sendo o vínculo biológico apenas mais um caracterizador da família e, portanto, dispensável, surgindo a noção de socioafetividade familiar.

Para o doutrinador Lôbo, a família socioafetiva não representa uma modalidade de família apartada das demais, na medida em que, conforme aduz:

A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos. Todavia, no sentido estrito, a socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com as relações de origem biológica (...). Fazer coincidir a filiação necessariamente com a origem genética é transformar aquela, de fato cultural e social em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais, podendo ser a solução pior. (LÔBO, 2012, p. 29/30).

Assim, a família, hodiernamente, está baseada na afetividade. Se há *affectio*, colaboração e comunhão de vida, há família. De modo diverso, não havendo *animus* de convivência, de interação e de solidariedade, existirá um mero grupo, um “amontoado” de pessoas, mas não uma família.

2.2. A Filiação

Segundo dicionário de correspondência entre vocábulos latinos e a língua portuguesa, a palavra “filiação” deriva do latim *filiatio* significando procedência, enlace. Da família resultam, inexoravelmente, vínculos de parentesco dentre os quais, aquele que é oriundo da relação entre pais e filhos recebe a denominação de filiação.

Para Diniz:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda (CC, arts. 1593 a 1597 e 1688 e s.) ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga. (DINIZ, 2007, p. 420/21).

Outra não é a lição de Lôbo:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse do estado de filiação ou por concepção derivada

de inseminação artificial heteróloga. Quando a relação é considerada em face do pai chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. (LÔBO, 2012 p. 216).

Assinala Rizzardo a relevância que o vínculo de filiação exerce e representa na vida do ser humano, acompanhado-o ao longo de sua vida:

Desde a antiguidade, a relação de filiação é o vínculo mais importante da união e aproximação das pessoas. Constitui um liame inato, emanado da própria natureza, que nasce instintivamente e se prolonga ao longo da vida dos seres humanos, embora se atenuie o sentimento com o passar do tempo. Mesmo que falte ou desapareça a união entre os pais, os laços de parentesco jamais desaparecem, porquanto se revelam em um comportamento ônitco da pessoa, tanto que diverso, mais perene e profundo que qualquer outro relacionamento. (RIZZARDO, 2005, p. 404).

A filiação pode se caracterizar pelos laços biológico, adotivo e/ou da posse do estado de filiação. Vide Jaqueline Filgueiras Nogueira, *apud* Pereira:

A paternidade socioafetiva, sob a noção de posse de estado de filho, que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento, **mas, numa ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade**, coloca em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação (grifos nossos) (Nogueira, *apud* Pereira, 2009, p. 375).

Na mesma direção:

A filiação consanguínea só existe com o vínculo afetivo, com o qual se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica, sem afetividade, esta extremada quando o filho é acolhido pelos pais, que assumem plenamente suas funções do poder familiar, previstas pelos arts. 1.634 e 1.690 do Código Civil. (Rolf Madaleno *apud* Pereira, 2009, p. 376).

Filiação, portanto, é o vínculo de parentesco, decorrente da relação familiar, existente sempre que desta resultar o enlace de duas pessoas tendo como peculiaridade o fato de uma delas ser nascida da outra, por esta ter sido adotada, ou uma delas deter em face da outra a posse do estado de filiação, agregando em si, efetivamente, as “vezes” de pai e mãe.

2.3. Igualdade entre os filhos

O Código Civil de 1916, editado ainda sob a base moral da sociedade do século XIX, fazia distinção entre os filhos gerados na relação conjugal e os filhos

oriundos de relação extramatrimonial, sendo os primeiros denominados filhos legítimos e os segundos, filhos ilegítimos.

Conforme preleciona Venosa:

A filiação legítima tinha por base o casamento dos pais quando da concepção (...) pressupõe que o pai e mãe sejam casados um com o outro, que o filho tenha sido concebido durante esse casamento ou que a legitimação tenha ocorrido com o casamento subsequente. (VENOSA, 2006, p. 229/31).

A legitimidade, portanto, era conferida pelo casamento válido no momento da concepção ou por ulterior casamento que “justificasse” e “validasse” o nascimento. Qualquer filiação fora desses parâmetros era socialmente reprovada e juridicamente inferiorizada.

Já a filiação ilegítima recebia um tratamento à margem da sociedade, como algo errado, imoral, repudiado. As diferenças se materializavam nas responsabilidades dos pais para com os filhos, uma vez que aos pais eram impostos deveres e responsabilidades em face dos filhos legítimos, ao passo em que tais exigências não se verificavam quanto aos ilegítimos. Válida é a lição de Venosa:

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias. Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direito dos filhos que proviessem de relações matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada. (VENOSA, 2006, p. 228).

Ignorava-se, assim, o fato social (filhos havidos fora do casamento) tutelando-se, tão somente, uma parcela da sociedade que seguia o padrão moral e penalizava-se os que, postos no mundo sem poder de influência nos ditames morais e éticos, eram os principais destinatários da (i)legitimidade.

A ilegitimidade era um gênero do qual decorriam três espécies: filhos naturais, adulterinos e incestuosos. Os primeiros eram os concebidos por pessoas que não possuíam impedimentos para casar. Os adulterinos correspondiam aos havidos de relação concubinária, onde o impedimento para o casamento se verificava pelo fato de uma delas já ser casada. E os incestuosos, correspondiam aos filhos originados de relações de parentes próximos. Na lição de Pereira:

“Legítimo” dizia-se o que provinha do casamento; e “ilegítimo”, o que se originava de relações sexuais eventuais ou concubinárias. À sua vez, a ilegitimidade podia envolver a concepção de filhos havidos pessoas que tivessem entre si ou não, um impedimento matrimonial, e se dizia então: “filho natural” (de pessoas que poderiam casar, mas não casaram); “filho adulterino” (de pessoas que não podiam casar, em razão de uma delas já ser casada); “filho incestuoso” (de parentes próximos). Todas essas denominações histórias perderam sua razão, à vista do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição. (Pereira, 2009, p. 320).

No mesmo sentido é a lição de Gagliano:

Não há, pois, mais espaço para a distinção entre família legítima e família ilegítima, existente na codificação anterior, ou qualquer outra expressão que estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família.

Isso porque a filiação é um estado de vida.

Ser filho de alguém independe de vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adulterino, **devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma.**

(...) o reconhecimento da igualdade dos filhos, independentemente da forma como concebidos, culmina por se desdobrar na importante noção de *veracidade da filiação*, regra principiológica fundamental.

E em que consiste tal princípio? **Na idéia de que o ordenamento jurídico não deve criar óbices para se reconhecer a verdadeira vinculação entre pais e filhos.** (grifos nossos) (GAGLIANO, 2012, p. 622).

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em sintonia com as transformações sofridas no instituto familiar e matrimonial durante o século XX, equiparou, conforme se infere do seu art. 227, § 6º, os filhos extramatrimoniais aos oriundos do vínculo conjugal, não havendo mais que se falar em legitimidade da filiação. Neste sentido:

A Carta Magna de 1988 estabeleceu que os filhos havidos ou não de relações de casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativos à filiação. Não haverá, portanto, distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e adotivos para efeito de atribuição de direitos e benefícios. (Pereira, 2009, p. 320).

Tanto é assim que o diploma civil de 2002 não mais faz distinção entre os filhos, em evidente adequação à nova formatação moral social que não mais tolera este tipo de tratamento discriminatório, com amparo, sobretudo, no Princípio da Isonomia.

2.4. Planejamento Familiar

O planejamento familiar tem por escopo projetar todas as vertentes inerentes à conjuntura familiar, tais como: administração dos bens, regime patrimonial, número da prole e escolha do modelo de formação desta. As vertentes do

planejamento familiar que dizem respeito à prole é o que interessa mais de perto à presente pesquisa.

A Magna Carta assegura ao casal, em seu art. 226, § 7º, a liberdade de planejamento familiar, sem restrições ou imposições oriundas do Estado. Vide Lôbo:

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições. Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou desconhecida, (...) de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada. (LÔBO, 2012, p. 218).

Na mesma direção é a lição de Dias, veja-se:

Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF, 226, § 7º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade. As questões da inseminação artificial e da engenharia genética encontram embasamento nesse preceito. (DIAS, 2011, p. 360).

A liberdade de planejamento familiar não significa uma total omissão do Estado, uma vez que cabe ao poder público proporcionar o acesso a informações acerca de métodos de controle de natalidade. O planejamento familiar governamental possui um caráter promocional, sem que haja intervenção estatal nas decisões concretas, uma vez que estas representam a materialização do plano de vida desenhado por cada casal.

Com o avanço da biotecnologia e o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida, o planejamento familiar passou a poder levar em consideração, inclusive, a possibilidade de fecundação em momento que, no planejamento apenas biológico, seria inviável em virtude as limitações cronológicas e fisiológicas do corpo humano para procriação.

3. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os mecanismos de reprodução assistida representam um desenvolvimento social e tecnológico que se imiscui em assunto delicado e intrincado, a geração de vida com o auxílio de manipulação genética.

Reputando a relevância de tal avanço, a presente seção traçará um panorama sobre as facetas históricas e psicológicas que estão relacionadas com a vontade de procriar, bem como quais técnicas existem para facilitar a procriação e em que elas consistem.

3.1. Aspectos históricos e psicológicos

Nos primórdios, a esterilidade era vista como uma maldição, um castigo divino. Isto porque a ideia de filhos sempre esteve associada à noção de dádiva dos céus e alegria no lar.

Constituir uma família significava, também, “a garantia da velhice”, uma vez que não existia previdência social e o que hoje se entende como aposentadoria.

Assim, os filhos cuidavam de seus pais até seus últimos dias de vida. Quanto mais filhos se tivesse, maior a união, a felicidade e a fortuna. Desse modo, enraizou-se na essência humana a vontade, o desejo e, por vezes, a necessidade de perpetuar suas origens na terra.

Nesse contexto, a mulher estéril era mal vista no meio social. E, durante um considerável tempo, só a mulher, porque, até o século XVII, não se conhecia a possibilidade de esterilidade masculina, de modo que o homem nunca era o “culpado” da “maldição” de não poder procriar. Vide Leite:

(...) Era inadmissível a idéia de que pudesse ocorrer esterilidade masculina(...). Só no final do século XVI (em 1590) o estudo da esterilidade conjugal ganhou foros de cientificidade com a invenção do microscópio, por Leenwenhoek. Precisou-se esperar quase um século (1677) para que Johann Ham afirmasse que a esterilidade, muitas vezes, ocorria por ausência ou escassez de espermatozóides. Ou seja, somente no século XVII se admitiu, pela primeira vez, que a esterilidade não era só feminina, mas também masculina. (LEITE, 1995, p. 18).

A vontade de ter filhos remonta datas distantes, sendo possível afirmar que faz parte da essência e do instinto humano perpetuar suas origens na terra. Assim conta Rizzardo:

Em épocas antigas da humanidade, a procura de soluções para obtenção de filhos, diante da esterilidade da mulher, pendia para um caminho bem natural: aceitava-se que o homem fecundasse outra mulher, mantendo-se o casamento e tivesse filhos em nome daquela. Assim revela a Bíblia na passagem que Sara disse a Abraão: “Não tendo Javé permitido que eu tivesse filhos, peço-te que te unas à minha criada, ao menos por meio dela, talvez, eu tenha filhos” (Gênesis, 16, 2). Em outro exemplo, Raquel suplicou Jacó: “Dá-me

filhos senão eu morro”. Aqui tens minha criada Balá. Une-te a ela. Que ela dê à luz sobre meus joelhos, e assim por meio dela terei filhos (Gênesis, 30, 1 e 3). Transparece da linguagem o caráter de substituição da mulher destinada a ter filhos com o marido da estéril. Não há exagero em afirmar que é tão antiga a busca da mãe substituta como o ser humano. (RIZZARDO, 2005, p. 507).

A história da reprodução assistida está intrinsecamente ligada ao laço psicológico que une o homem ao desejo de ter filhos. Conforme lição de Caban e Sernaclens *apud* Leite “é grande o número de fatores subconscientes que determina o desejo por um filho. O filho sempre existiu, de uma forma ou de outra, nas fantasias do homem e da mulher” (1995, p. 24).

À medida que o tempo passa e as pessoas vão atingindo a idade adulta, surge a necessidade de, por fatores sociológicos, psicológicos, filosóficos, morais, religiosos e culturais, materializar a perpetuidade de sua existência na terra, através do vínculo de filiação.

O planejamento familiar, no que diz respeito à prole é muito comum na vida do casal. Ter um filho significa, muitas vezes, buscar um outro e novo sentido de existência.

Transformar-se em pai ou mãe torna o homem e a mulher adultos como seus próprios pais. Não se é mais filho do seu pai, nem filha de sua mãe, mas o pai do seu filho, a mãe do seu filho. Nesse sentido, o nascimento de um filho é uma forma (...) de afastar-se da situação de filhos. O homem assume o seu papel de pai e a mulher, o de mãe. Situação extraordinariamente nova, inédita, de impossível definição. (LEITE, 1995, p. 24).

Quando se verifica a impossibilidade ou a dificuldade de conceber, os planos e as idealizações existentes em cada desenho de vida projetado são desfeitos. Nas palavras de Leite:

Assim, chegado o momento da procriação e não se concretizando o desejo do casal, uma estranha surpresa começa a dominar os espíritos diante da realidade. A impossibilidade do projeto não realizado transforma a surpresa e inquietude numa progressiva angústia. (...) Isso rapidamente lhes dá a sensação de fracasso (...).

Frustram-se também todos os projetos do casal quando a aguardada chegada não ocorre. Os planos desaparecem, o desejo de que o filho preencha as lacunas, realize seus mais intensos sonhos, compense suas deficiências e fracassos, seja portador de benesses e felicidades esvai-se diante do espectro da infertilidade. (LEITE, 1995, p. 21/4).

A sensação de fracasso faz com que o casal busque meios alternativos para contornar o problema. Antes do desenvolvimento dos conhecimentos científicos, tal alternativa se dava por meio da adoção. Entretanto, o avanço da biotecnologia e de

novos métodos artificiais de procriação alargou o leque de soluções, as quais o homem e a mulher podem recorrer. Veja-se:

O desejo de ter um filho, **ato íntimo, mas igualmente social**, apresenta-se sob numerosas facetas: reproduzir-se na linhagem ancestral, fabricar a carne de sua carne, imaginar criar uma relação de pais/filhos ideal, recriar sua infância distante, dar um presente a seu companheiro ou a sua companheira, cercar-se de filhos para evitar a solidão dos anos futuros, **múltiplas são as razões que levam um casal a se submeter a qualquer sacrifício para atingir a máxima ventura da perpetuação.** (grifos nossos) (LEITE, 1995, p. 69)

Os meios artificiais de reprodução causam conflitos morais, haja vista que, para uns, o progresso científico está a serviço da potencialização humana. Para outros, a evolução revestida de um caráter antropocêntrico consistiria em uma forma de retirar de Deus uma função exclusiva e inalienável.

Qualquer que seja o posicionamento adotado, tal assunto não pode ser ignorado, uma vez que a ânsia humana na busca de novos conhecimentos é infundável, de tal maneira que os resultados das descobertas e experimentos sobre geração de vida não é um assunto a que se possa ficar alheio, conforme preleciona Leite:

A procriação artificial e o desenvolvimento de suas indicações se impõem a todos como um dos dados do domínio técnico-científico da reprodução humana, cujas consequências diretas são muito mais importantes do que aquelas que resultam da generalização da contracepção. **Querer limitar ou interromper a evolução contínua deste domínio é impossível. Corresponde a pretender parar o movimento da terra** (grifos nossos) (LEITE, 1995, p. 26).

Assim, é relevante que se apresente um pequeno panorama acerca das técnicas de reprodução assistida, o que se passa a fazer nas linhas que seguem.

No entanto, *a priori*, é necessário que se faça uma distinção entre a reprodução assistida homóloga e a reprodução assistida heteróloga. Diz-se homóloga, quando o material genético utilizado na técnica de reprodução possui como detentores apenas o casal que será os futuros pai e mãe da criança. Por outro lado, diz-se heteróloga, quando parte do material genético usado pertence a um terceiro doador, estranho ao casal que será os pais da criança.

Necessário pontuar que, quando heteróloga, o vínculo de parentesco criado se dá em face do pai ou da mãe socioafetivo(a), aquele(a) que deseja o nascimento da criança e não em face do(a) doador(a) do material genético. Assim ensina Rizzardo:

Tradicionalmente, a verdadeira mãe é aquela que dá a luz à criança, ou que a pariu. A criança parida seria a evolução, em seu ventre, de um óvulo produzido e fecundado em seu próprio corpo. (...). Tal concepção, no entanto, não pode ser acolhida. Nos tempos atuais, não revela um caráter de verdade sólida, diante do fato da fecundação artificial. E nesta forma de procriar a vida, partiu-se para um fundamento da paternidade ou maternidade diferente da tradicional.

A paternidade ou maternidade passou a funda-se em uma nova explicação: **o ato preciso da vontade**. Na fecundação artificial, não há cópula. Este ato biológico substituído pela vontade precisa de que o próprio esperma e o óvulo sejam usados para a fecundação de uma determinada mulher, ou para se ter um filho dela.

O vínculo da legitimidade ao filho repousa no consentimento expresso dos cônjuges. É o que se denomina de '**vontade procriacional**', ou a prevalência do vínculo de paternidade ou maternidade repousa em razões de ordem espiritual. (...).

É que a paternidade tem uma dimensão bem mais superior do que o mero fornecimento de material genético necessário à procriação. (RIZZARDO, 2005, p. 414/5).

Feitas estas considerações, passa-se agora a explicar, sucintamente, o funcionamento das técnicas de reprodução assistida.

3.2. Breve panorama da técnicas de reprodução assistida

3.2.1. Inseminação artificial

Segundo dicionário de correspondência entre vocábulos latinos e a língua portuguesa, a palavra "inseminação" deriva do latim *inseminare*, onde *in* significa dentro e *sêmen*, semente.

A primeira notícia na história da realização da inseminação artificial humana nos conduz à Idade Média, onde foi obtido êxito no depósito do esperma de um rei em sua esposa. Conforme relata David, *apud* Leite: "Foi na Idade Média que ocorreu a primeira inseminação artificial humana. Arnaud e Villeneuve, médico de reis e papas, teria obtido sucesso na inseminação artificial com o esperma do marido na esposa de Henrique IV, de Castela." (1995, p. 30).

Ao longo do tempo, o avanço das técnicas de observação permitiu maior conhecimento e melhor manuseio do material genético. Descobriu-se que o emprego de glicerol - substância usada para submeter o espermatozóide ao frio - podia conservar o material genético por maior tempo, sem alterações de suas características.

E continua Leite:

O congelamento do esperma permitiu a criação dos bancos de esperma. A utilização bem sucedida do emprego do esperma congelado ocorreu em 1953, nos Estados Unidos.

A partir dessas descobertas, como disse Frutuoso Braga, a inseminação homóloga e heteróloga vão entrando em uso, e o seu emprego, pouco a pouco, deixa de ser pioneirismo tornando-se um recurso. O último, sem dúvida, para superar a esterilidade. (LEITE, 1995, p. 31).

Ademais, é necessário frisar a distinção entre esterilidade e infertilidade. Na primeira, o homem, a mulher, ou ambos, não conseguem produzir células sexuais (espermatozoide e óvulos), nem conseguem produzir zigotos – que correspondem ao resultado da fusão entre as células sexuais. Já na infertilidade, o casal não consegue fecundar “por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem uso de meios contraceptivos eficazes e com vida sexual normal.” (Leite, 1995, p. 27). Enquanto a primeira corresponde a uma ausência de produção do material genético, a segunda atua nas próprias células sexuais ou na própria fisiologia humana, que, por anomalias ou disfunções, não se consegue fecundar.

A inseminação artificial pode ser homóloga ou heteróloga. A primeira tem como característica ser realizada com sêmen proveniente do próprio marido ou companheiro, ao passo em que a segunda é realizada com sêmen de terceiro, estranho à relação conjugal ou de companheirismo, ou, ainda, em mulher solteira.

A inseminação artificial homóloga costuma ocorrer quando o casal possui dificuldades para fecundar, porém, não é estéril. É o caso de homem possuir espermatozoides em número suficiente, mas estes possuírem anomalias que fazem com que a chance de fecundar seja nula.

Já a inseminação artificial heteróloga verifica-se quando a esterilidade é irreversível, e, além disso, “os centros de procriação devem se assegurar que efetivamente o único tratamento capaz de contornar a infertilidade é a inseminação” (Leite, 1995. p. 34).

A inseminação artificial, em qualquer de suas modalidades, tem como característica ser “feita por meio do depósito do esperma preparado dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero ou dentro do abdômen” (Leite, 1995, p. 38). Rizzardo traz ensinamento detalhado acerca do funcionamento da técnica:

A inseminação intrauterina, com a introdução do esperma no útero da mulher, onde se dá a fecundação. Esta técnica é antiga, vindo explicada

pelo método paulista Milton Nakamura, conforme transcreve Antônio de Pádua Leopoldo de Oliveira: “o sêmen do marido é recolhido e conservado congelado sob a forma de “pellets”, misturado numa solução conservadora. No momento da aplicação, esses comprimidos são aquecidos em banho-maria a trinta e seis graus Celsius e colocados no fundo do útero por meio de seringa com agulha móvel de platina, munida de dois furos laterais na extremidade, por onde passam os espermatozóides. Em cada ciclo ovulatório, o paciente pode receber duas inseminações fúndicas (escola japonesa) ou três (escola inglesa, raramente adotada em nosso meio). As aplicações são feitas em dias seguidos ou alternados, conforme as alterações da curva da temperatura basal ou da cristalização do muco cervical. O controle da temperatura basal efetuado após uma semana permite avaliar se as inseminações foram realmente executadas nos dias exatos. O registro do atraso menstrual com temperatura basal elevada praticamente garante a presença da gestação. (RIZZARDO, 2005, p. 508).

Desse modo, tem por finalidade promover a fecundação do material genético masculino no corpo da mulher, uma vez que, de forma natural, o espermatozóide não consegue chegar ao útero para que ocorra a fecundação.

3.2.2. Fecundação *in vitro* – FIV

Até o início do século XX, as experiências de fecundação *in vitro* eram restritas aos animais. Ao longo do aludido século, começaram os experimentos exitosos de fertilização *in vitro* humana. Leite traz detalhada evolução histórica:

A FIV humana começou em 1944, quando dois biólogos, Rock e Mankin, obtiveram quatro embriões normais a partir de mais de uma centena de óvulos humanos colhidos nos ovários e colocados em presença dos espermatozóides.

Em 1947, Chang conseguiu transferir um ovo fertilizado e congelado entre 5º e 10º. Em 1953, Smith conseguiu congelar embriões em fase de pré-implantação e provou que o congelamento não é incompatível com o desenvolvimento normal de ovos de mamíferos.

Foram necessários vinte anos, ou seja, 1969, para que Edwards e Steope obtivessem embriões humanos por fecundação *in vitro*, capazes de reproduzir (...)

Na mesma data, Carl Wood realizou no Queen Victoria Medical Center a primeira cirurgia de trompa artificial “que consistia em uma cápsula plástica onde o espermatozóide e o óvulo poderiam se encontrar e formar o embrião, que mais tarde seria transferido para o útero”.

O ano de 1978 marca o início da segunda fase, da maturidade da FIV. O que era conseguido aleatoriamente e em reduzíssima escala, tornou-se possível repetir-se de forma sistemática.

Em 5 de julho de 1978 nasceu Louise Joy Brown, na cidade de Oldeham, na Inglaterra, sob os cuidados da equipe de Edwards e Steptoe. (LEITE, 1995, p. 27).

Hoje, sabe-se que a fertilização *in vitro* é um mecanismo de reprodução assistida, o qual permite a “imitação” da trompa de falópio e suas características, de

forma artificial, ocasião em que o embrião fica apto para ser transferido para o útero e ser gerado no ventre de forma regular.

Dada a característica de tal técnica, a FIV é realizada nos casos em que mulheres possuem obstrução irreversível nas trompas de falópio, ou, ainda, ausência de trompas. É também realizada nos casos de esterilidade masculina.

Essa técnica de produção assistida compreende várias etapas, quais sejam: indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação do esperma e inseminação artificial dos embriões. No ensinamento de Mônica Sartori Scarparo *apud* Rizzardo:

Depois da classificação, os óvulos são colocados numa placa que contém meio de cultura completado com soro humano, sendo incubados em estufa, na temperatura de trinta e sete graus Celsius, controlado eletronicamente. Após uma a seis horas, os óvulos maduros são submetidos à inseminação, com espermatozóides praticamente preparados. O preparo consiste no enriquecimento e na seleção dos melhores gametas masculinos, e a escolha se baseia nas condições do sêmen, objetivando-se a melhoria de alguns parâmetros. A preparação é iniciada cerca de uma hora e meia antes da inseminação, que é feita pela adição ao meio da cultura onde já o óvulo, de sessenta mil a cento e cinquenta mil espermatozóides móveis e normais.(RIZZARDO, 2005, p. 509).

Depois que a mulher é submetida à indução da ovulação, os óvulos, junto com os espermatozóides anteriormente preparados são inseminados *in vitro* e, após fecundados, os embriões são transferidos para o corpo materno para consequente desenvolvimento da gestação.

3.2.3. Transferência Intratubária de Gametas – G.I.F.T.

A GIFT é uma técnica muito semelhante à FIV, com a diferença de que naquela o processo de fertilização ocorre dentro das trompas de falópio, motivo pelo qual é imprescindível que ao menos uma delas seja saudável.

O conhecimento e solidificação desta técnica “permitiu reduzir as manipulações biológicas *in vitro* recolocando os gametas no seu ambiente natural (...). A GIFT oferece também ao embrião condições de desenvolvimento, de migração, de nidação, mais fisiológicas” (Leite, 1995, p. 48).

O processo de fertilização compreende as mesmas etapas da FIV, com exceção da própria fertilização *in vitro*, uma vez que na GIFT a fecundação ocorre *in vivo*.

Conforme explicam Mandelbaum e Plachot, *apud* Leite:

Assim que os óvulos estiverem recolhidos, eles são introduzidos em um fino cateter com o esperma do cônjuge que imediatamente é transferido em uma ou nas duas trompas (geralmente um ou dois óvulos, com aproximadamente cem mil espermatozóides por trompa). A técnica dura apenas meia hora. Os eventuais óvulos excedentes serão fecundados *in vitro* e os embriões obtidos poderão ser congelados e conservados a fim de serem recolocados posteriormente em caso de fracasso de tentativa, ou para uma segunda e até terceira criança. (LEITE, 1995, p. 49).

A GIFT é indicada em casos em que há hipofertilidade sem causa aparente do casal, hipofertilidade masculina e endometriose. Muitas vezes, a técnica em comento é escolhida em virtude de aspectos religiosos ou morais, que fazem com que o casal não opte por uma concepção realizada em laboratório.

3.2.4. Doação de espermias

A doação de esperma não é, em si mesma, uma técnica. Na realidade, constitui-se em um meio para um fim, sendo necessário que o esperma doado seja utilizado em outro mecanismo de fecundação, normalmente, a fertilização *in vitro*.

Para doar esperma, não pode haver objetivo de lucro, motivo pelo qual a doação é gratuita. De igual modo, a doação não confere ao doador qualquer vínculo de filiação, sendo resguardada a identidade de doadores e receptores, tal como ocorre na adoção. A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina assim dispõe:

Seção IV – Doação de gametas ou pré-embriões

1º: A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2º: Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4º: Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. (BRASIL, 2017, p. 5-6).

A coleta do esperma é realizada em recipiente de vidro, ocasião em que todas as características do material coletado são analisadas e registradas. A doação de esperma exige técnicas de especial cuidado para manutenção sadia do material genético. Conforme aduz Leite:

O resfriamento e o reaquecimento exigem toda uma técnica extremamente precisa para não destruir a célula. Os blastômeros, como todas as células, contêm água que, sob o efeito do resfriamento, cristaliza-se. Os cristais, por seu tamanho e aspereza podem gerar danos irreversíveis principalmente nas membranas celulares (...). A técnica de congelamento consiste, primeiramente, em retirar o máximo de água da célula. Substitui-se a água por uma substância que tem a propriedade de não criar cristais quando se congela a célula: é um crioprotetor ou o equivalente a um antigelo. Em contato com o crioprotetor o embrião se encolhe, se retrai e se enrosca, mas, tão logo o crioprotetor penetra na célula, o embrião incha e volta ao seu tamanho normal, como um balão.

Pronto para descer às baixas temperaturas, o embrião o esperma é aspirado em um capilar, devidamente vedado com uma rolha e identificado por um código (garantindo-se total anonimato do doador).

Os capilares cheios são colocados em uma máquina de congelar (...). Após o congelamento, os capilares são retirados e mergulhados num botijão repleto de azoto líquido, onde permanecem estocados. (LEITE, 1995, p. 51).

A utilização do esperma doado, em outra técnica de reprodução assistida heteróloga (inseminação artificial ou FIV) possibilita que casais em que a mulher sofre de esterilidade tubária ou o homem é irreversivelmente estéril possam ter um filho, ainda que, biologicamente, contenha carga genética de 50% (cinquenta por cento) do casal.

3.2.5. Doação de óvulos

Assim como a doação de esperma, a doação de óvulos não constitui, *de per si*, um mecanismo de reprodução assistida. O material genético feminino humano doado será usado em outra técnica de fertilização.

Quando se tem uma anomalia em que a mulher não pode produzir óvulos, é possível recorrer à doação deles, que fecundados com o esperma do cônjuge/companheiro da mulher infértil, são transferidos para seu útero, iniciando-se a gestação da criança. “O que parecia impossível tornou-se realidade em razão dos avanços da fecundação *in vitro*. Sem possuir ovários funcionais e sem ter regras, é possível se conduzir a termo uma gravidez” (Leite, 1995, p. 58).

A doação de óvulos pode ocorrer, tal como a doação de espermatozoides, anonimamente. Entretanto, opera-se em menor escala tendo em vista a dificuldade de congelar e manter um banco de óvulos. “Algumas mulheres doam seus óvulos anônima e gratuitamente, para ajudar outra mulher estéril. É a doação altruísta que, embora rara, ocorre”. (Leite, 1995, p. 58).

Existe ainda a doação de óvulos sentimental, sendo esta verificada de forma mais recorrente, uma vez que está presente um envolvimento psicológico no sofrimento alheio de não poder gerar, além de não ser necessário congelar o óvulo, pois a implantação pode se dar com o óvulo fresco.

A segunda forma de doação dita “sentimental” (...) é mais freqüente. Quando uma irmã, uma parente próxima ou uma amiga apresenta esse handicap, uma terceira doadora vem em socorro da mulher estéril contornando o problema através da doação.

O inconveniente maior desta doação é que o anonimato da doação desaparece; e a criança terá duas mães, aquela que a carregou e aquela que lhe deu seu patrimônio genético. A filiação será conhecida das duas mulheres, de seus cônjuges e, quase sempre, da família inteira e dos amigos. (LEITE, 1995, p. 58).

A doação de óvulos (gametas femininos) no Brasil é gratuita, conforme previsto na seção IV da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. A utilização do material doado em outra técnica de reprodução assistida heteróloga possibilita um casal, que a mulher é acometida de esterilidade por ausência de óvulos, possam ter um filho gestado no ventre da própria mulher.

3.2.6. Mães de substituição

Popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, ocorre quando, independentemente de haver infertilidade ou esterilidade, o útero não é capaz de sustentar uma gestação. Assim preleciona Leite:

Esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do ovo fecundado ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe. (LEITE, 1995, p. 66).

Rizzardo traz válido ensinamento:

Tecnicamente é conhecida a denominação como ‘maternidade subrogada’, proveniente da expressão inglesa ‘subrogate motherhood’. Está-se diante da procriação assistida, eis que se efetiva por meio de técnicas médico-laboratoriais e assistência especial. Opera-se através da inseminação artificial, que é uma técnica de procriação, desdobrada em várias modalidades, consistindo a mais comum no depósito do material genético masculino diretamente no útero da mulher por meio de métodos mecânicos, ou por instrumentos, em substituição do ato natural, que é a relação sexual. (RIZZARDO, 2005, p. 508).

É possível que a mulher que empresta seu útero coincida com a detentora do patrimônio genético feminino, ou seja, a própria doadora de óvulos. Nesse caso, é chamada mãe de substituição. Ainda no ensinamento de Leite:

A mãe de substituição além de “emprestar” seu útero, dá igualmente seus óvulos. Trata-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber. Se ela engravidar, ela garantirá a gravidez de uma criança que é, geneticamente sua e, após o parto, a dará ao casal. Ou seja, no caso de mãe de substituição, a mãe é, ao mesmo tempo, genitora e gestante. (LEITE, 1995, p. 66).

Como também a mãe que disponibiliza seu útero pode, tão somente, conduzir a gestação ao fim sem que a criança gerada possua sua carga genética. Nessa hipótese, denomina-se mãe portadora. E continua Leite:

A mãe portadora é aquela que apenas “empresta” seu útero. Trata-se de uma mulher fértil no útero da qual reimplanta-se um ou vários embriões obtidos através da fecundação *in vitro*, a partir de óvulos e dos espermatozoides do casal solicitante. (LEITE, 1995, p. 67).

No mesmo diapasão é a lição de Rizzardo:

Há aqui, o concurso de uma outra mulher, que coloca seu próprio corpo à disposição para a gravidez e o parto. A mulher retira alguns óvulos de si própria, fazendo-os fecundar em proveta com o sêmen do marido ou companheiro. Após a síntese, introduz-se o embrião no útero de uma mulher cooperadora, que se compromete a entregar o filho que deverá nascer. (RIZZARDO, 2005, P. 508).

E prossegue:

Saliente-se que não se cria nenhum vínculo de parentesco com ela. Há unicamente a sua contribuição para a finalidade de gestação, sem qualquer laço de parentesco com ela. Há unicamente a sua contribuição para a finalidade de gestação sem qualquer laço de parentesco. Mesmo que nasça de seu ventre, o novo ser humano, não deriva qualquer vínculo jurídico entre a criança e a mãe, não se formando algum parentesco. Assim como acontece na adoção, contemplada pelo art. 41 da Lei nº 8.069 de 13.07.1990, onde se estabelece a ruptura de parentesco entre o adotado e seus pais biológicos, exceto quanto aos impedimentos, de igual modo cessa toda e qualquer relação jurídica quanto à mulher que serviu para a formação do novo ser em seu útero. Não se garante algum direito sobre a pessoa do menor, de a se proteger a recusa da entrega. (RIZZARDO, 2005, p. 511).

A intervenção de terceira pessoa, detentora de um útero com condições de sustentar uma gestação, faz com que mulheres que antes não podiam ter filhos, por motivo de esterilidade em função da impossibilidade de gestação ou por ausência de óvulos, agora poderem dar seguimento ao planejamento familiar anteriormente idealizado.

3.3. Fertilização Homóloga *Post Mortem*

Dada a possibilidade de congelar o material genético, principalmente masculino, pelas menores dificuldades de ordem técnica para se manter um banco de espermatozoides, abre-se a possibilidade de, antes de ocorrer a fertilização artificial em alguma de suas modalidades com os futuros pais ainda vivos, um deles venha a falecer e o sobrevivente, por motivações diversas, notadamente, por querer dar continuidade à história, pretenda ter um filho do (a) falecido (a). É o que se chama de fertilização homóloga *post mortem*.

Evidentemente que tal intento se revela mais viável se a mulher for a sobrevivente, visto que no inverso o homem terá que recorrer a um empréstimo de útero, dependendo, portanto, do interesse e da vontade de terceiros para por o filho no mundo.

Há quem entenda, como Dias que a utilização do material genético *post mortem* independe de autorização do falecido. Veja-se:

Na fecundação artificial homóloga, não há necessidade de autorização do marido. A cláusula “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretada tão-somente para fins do estabelecimento da paternidade, observado o prazo de trezentos dias da morte do varão. (DIAS, 2011, p. 303).

Entendimento oposto caminha no sentido de que, para que ocorra a fertilização homóloga *post mortem*, é necessário que o falecido tenha deixado autorização para que seu material genético fosse utilizado, mesmo ele não estando mais vivo. Vide Lôbo:

O uso do sêmen do marido somente é permitido se for de sua vontade e enquanto estiver vivo, **por ser exclusivo titular de partes destacadas de seu corpo.** (...)

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. **A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão de liberdade.** (grifos nossos) (Lôbo, 2012, p. 221/222).

No mesmo sentido, a I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aprovou o seguinte enunciado:

Interpreta-se o inciso III do art. 1.597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material

genético do falecido esteja ainda na condição de viúva, devendo ainda haver autorização do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (BRASIL, 2002).

Em arremate, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina assim dispõe:

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM*

É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (BRASIL, 2017. p. 9).

E não podia ser diferente. O planejamento familiar pressupõe a unidade de vontade do casal. Se, em vida, um filho só deve vir quando for um desejo comum dos pais, não é após a morte de um deles que o filho virá por uma decisão unilateral e sem que exista a possibilidade de ser de outra forma.

Ademais, como salientou Lôbo, em citação retrotranscrita, mesmo em um vínculo de filiação *post mortem*, não se perde a noção de liberdade. Assim, é necessário que quem faleceu tenha externalizado em vida, sendo a autorização escrita o meio mais seguro para tanto, a vontade ou, ao menos, a não objeção, de que seu material genético fosse utilizado pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente para a concepção de um filho comum.

Insta acrescentar que o vínculo de filiação *post mortem* está legalmente previsto através do art. 1.597, III do Código Civil que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 1597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – *omissis*

II - *omissis*

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

IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedenários, decorrentes de concepção artificial homóloga. (BRASIL, 2002).

Dado que existe a possibilidade de o laço de filiação ser constituído *post mortem*, os desdobramentos de tal hipótese estão além do reconhecimento do estado de filiação, desaguando, inclusive, em questões sucessórias.

4. DO DIREITO A SUCEDER

A imediata consequência jurídica da morte é a abertura da sucessão. Para tanto, os parentes vivos são os legitimados a suceder, existindo uma ordem jurídica de “preferência” entre eles, o que será detalhado e explicado.

A agilidade do ato subsequente ao falecimento existe para tutelar a segurança jurídica do patrimônio deixado pelo *de cujus*, fundamento do Princípio de *Saisine*.

Outros princípios, porém, estão atrelados ao assunto, motivo pelo qual a presente seção também trará uma reflexão sobre a coexistência entre os princípios em um ordenamento jurídico.

4.1. Ordem de Vocação Hereditária

O ordenamento pátrio consagra, no art. 1.784 do diploma civil, o Princípio de *Saisine*, segundo o qual, com o óbito, a herança transmite-se desde logo aos sucessores. Por uma ficção jurídica, é como se o falecido transmitisse seus bens aos seus sucessores. Conforme assevera Hironaka:

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, por este não poder restar anencéfalo. (HIRONAKA, 2003, v. 20, p. 21).

A transmissão dos bens que compõem o acervo hereditário pode se dar via testamento – sucessão testamentária – ou através da sucessão legítima, hipótese em que se obedece a uma “escala de preferência” legalmente delineada, a chamada ordem de vocação hereditária, que está disposta no art. 1.829 do diploma civil, *in verbis*:

Art. 1.829: A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou na separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se no regime da comunhão parcial, 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. (BRASIL, 2002).

Para a compreensão do comando legal, Venosa traz elucidativo ensinamento:

A vocação dos herdeiros faz-se por classes (descendentes, ascendentes, cônjuge, colaterais e Estado). Portanto, cada inciso do art. 1.829 refere-se a uma classe de herdeiros. Note que no corrente diploma foi estabelecida a herança concorrente do cônjuge com descendentes e ascendentes.

A chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, só serão chamados os ascendentes na ausência dos descendentes, só será chamado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ascendentes, e assim por diante.

A regra geral é que, existindo herdeiros de uma classe ficam afastados os da classe subsequentes (...).

A lei, ao colocar os descendentes em primeiro lugar na sucessão segue uma ordem natural e afetiva.

Normalmente, os vínculos afetivos com os descendentes são maiores, sendo eles a geração mais jovem à época da morte. (VENOSA, 2006, p. 110/111).

A sucessão testamentária ocorre sempre que o falecido tenha deixado um testamento dispondo de seus bens, respeitando, contudo, a legítima (art. 1.857, CC). Desse modo, havendo herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), o testador, em seu ato de disposição de última vontade, só poderá dispor de 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio, já excluída eventual meação, visto que os outros 50% (cinquenta por cento) são, por força de lei, destinados à legítima.

Não basta, entretanto, a condição de herdeiro. Para haver legitimidade sucessória, é necessário que o herdeiro esteja vivo ou, ao menos, já concebido quando da abertura da sucessão. É o que se infere do art. 1.798 do Código Civil, veja-se: “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2002).

À luz do exposto, tem-se que a transmissão da herança ocorre, seja pela sucessão, seja pela sucessão testamentária ou pela sucessão legítima, no exato momento da morte, aos sucessores vivos ao tempo da abertura da sucessão. É aí que reside a problemática da (i)legitimidade para suceder do fertilizado homologamente *post mortem*.

4.2. Visões doutrinárias acerca dos direitos sucessórios do embrião fertilizado homologamente *post mortem*

Uma vez que não existe regulamentação acerca da sucessão em hipótese de fecundação *post mortem*, o presente tópico cumpre o papel de demonstrar o

resultado de um apanhado realizado sobre as opiniões doutrinárias em tal situação. Pontue-se *ab initio* que a pesquisa posiciona-se pela possibilidade de herdar.

Na visão de Pereira:

Questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos oriundos da reprodução assistida e nascidos após a morte do marido. Na forma do artigo 1.784 do Código Civil, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. A transmissão se dá em consequência da morte. Dela participam “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (art. 1.798). Outrossim, da sucessão testamentária participam os filhos não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão” (inciso II do art. 1.799). Não se aplica, neste caso, o tratamento dado ao nascituro cuja mãe (tendo o poder familiar) exerce as funções de curador até que o mesmo nasça com vida (art.1.779). **Portanto, não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem**; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não-discriminação de filhos. (grifos nossos) (PEREIRA, 2009, p. 328).

Na mesma direção é o entendimento de Diniz:

Se não houvesse esse dispositivo no Código Civil (1.597), dúvidas palpitantes surgiriam como: a criança seria filha de quem? Embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria, juridicamente, extramatrimonial, não teria pai, nem poderia ser registrada como filha do doador por ter nascido trezentos dias após o óbito deste (CC, art. 1598, 2ª parte). Nem haveria como explicar a 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 concebido por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798)**. (grifos nossos) (DINIZ, 2009, p. 460/461).

Corroborando para a mesma posição:

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte. O novel código reporta-se a essa hipótese no inciso III do art. 1.597. O congelamento de sêmen abre essa possibilidade. No sistema de 1916, não vigoraria, nesse caso, a presunção de paternidade se o nascimento se desse trezentos dias após a morte do marido (art. 338, II). Sem disposição legal específica, caberia ao filho ingressar com ação de investigação de paternidade. **Ademais, esse filho, aplicando-se textualmente a lei não poderia ser considerado herdeiro do pai porque não vivia nem fora concebido quando da abertura da sucessão**. No sistema do mais recente código, o princípio geral sucessório é idêntico: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1.799). **Desse modo, os filhos concebidos post mortem, sob qualquer técnica, não serão herdeiros**. (grifos nossos) (VENOSA, 2006, p. 246/247).

Seguindo no mesmo diapasão:

Quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, 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 de inseminação post mortem". A inseminação post mortem não se justifica, pois não existe mais um casal, o que poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, concluindo quanto à discordância dessa prática. (grifos nossos) (LEITE, 1995).

Gonçalves, no que pese reconhecer a necessidade de se atender ao princípio constitucional de não discriminação de filhos, filia-se, ao menos enquanto não houver regulamentação, ao entendimento, já citado, de Pereira, veja-se:

Adverte Caio Mário que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam "as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (art. 1.798). Enquanto não houver uma reforma legislativa, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos, caberá à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a solução dessa questão. (GONÇALVES, 2010, p.310).

Observa-se que todas as opiniões até agora colhidas estão posicionadas no sentido de não haver possibilidade de filho concebido homologamente *post mortem* herdar, em virtude da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do Princípio de *Saisine*, transmitindo-se a herança aos ascendentes, vivos ou já concebidos no exato momento da morte.

Dias possui a seguinte visão:

Com relação aos direitos sucessórios, é mister atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC. 1.784 e 1.787). A capacidade para suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O filho concebido tem direito à sucessão (CC. 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial. Legitimam-se para suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, sendo que a lei põe a saldo os direitos do **nascituro** somente a partir da concepção (CC, 2º). Mas o que se discute é se o embrião, fecundado no laboratório, e aguardando, *in vitro*, a implantação no ventre materno, já se entende como **sujeito de direito**. Isto é, se o embrião ainda não implantado, chamado de **pré-implantatário**, tem direito de personalidade e direito à sucessão.

E prossegue:

O tema longe se encontra de estar pacificado. Há quem sustente que a lei, ao falar em "pessoa já concebida", não distingue o *locus* da concepção e não impõe que esteja implantado, exigindo apenas e tão-somente a concepção. No entanto, não há como deixar de reconhecer que a concepção a ser protegida é quando o embrião concebido já se encontra implantado no aparelho reprodutor da mãe. Somente a partir desse instante passam a ser resguardados seus direitos potenciais de nascituro. Como nascituro significa "o que há de nascer", o embrião excedentário, sem a

implantação, não tem qualquer possibilidade de nascer, não é razoável considerá-lo como nascituro antes da transferência para o útero materno. Isso seria verdadeira instrumentalização do ser embrionário, agravada na hipótese de eventuais vantagens patrimoniais. De qualquer forma, ainda que não tenha sido concebido ao tempo da morte do genitor, terá direito sucessório na hipótese de ter o proprietário do sêmen expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização possa ocorrer depois de sua morte. De qualquer sorte, há a possibilidade de ser contemplado mediante **testamento** o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC, 1.799, I), contanto que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC. 1800). (DIAS, 2011, p. 368/9).

Tem-se aqui um posicionamento doutrinário a favor do reconhecimento dos direitos sucessórios. Tal entendimento, entretanto, merece algumas considerações.

Nota-se que a autora é a favor da sucessão do fertilizado homolgamente *post mortem* se o marido tiver deixado autorização para utilização do material genético após sua morte. Por outro lado, aduz, conforme já citado linhas acima, que não é necessária a autorização do marido para que a viúva utilize seu sêmen.

A presente pesquisa, no entanto, inclina-se para o entendimento de que é necessária sim a autorização do falecido para que a viúva seja inseminada, porque a paternidade, mesmo *post mortem*, “não perde a noção de liberdade”, como assinalou Lôbo, devendo ser algo consentido e desejado.

Assim, concorda-se com o pensamento da autora, apenas no tocante à possibilidade de herança, sendo a autorização pressuposto da própria realização da fertilização artificial póstuma, sendo, portanto, desnecessária a autorização específica para fins sucessórios.

Quanto à contemplação por testamento, possibilidade lembrada pela doutrinadora, apesar de possível, não se deve perder de vista que na cultura brasileira não se tem a prática de deixar testamento, o que agrava a necessidade de regulamentação legal sobre a matéria.

4.3. Da coexistência entre princípios no ordenamento jurídico

Visto que as opiniões doutrinárias são, majoritariamente, contra a legitimidade a suceder do filho nascido após a morte de um dos detentores do material genético com o auxílio de técnica de reprodução assistida, em virtude, sobretudo, do Princípio de *Saisine*, o presente tópico busca fazer breves

considerações sobre os princípios em si, bem como sobre a coexistência dos princípios no ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer o que vem a ser um princípio e o papel que desempenha no ordenamento jurídico. Assim, traz-se à baila a lição de Ávila:

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para sua realização. Eles apresentam em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos. Desse modo, a defectibilidade é apenas um elemento contingente dos princípios, como sustenta Guastini. O seu elemento essencial é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas, previamente determinadas. (ÁVILA, 2011, p.127/128).

Desse modo, os princípios, com suas características de indeterminação e abstração desempenham o papel de “inspirar” o conteúdo normativo que será positivado, de tal sorte que as diretrizes principiológicas não devem ser ignoradas pelo operador do direito.

São diversos os princípios existentes em um ordenamento jurídico, o que causa, em algumas situações, a existência de uma “colisão” entre eles, devendo-se “escolher” qual princípio terá aplicação.

Entretanto, uma reflexão sobre a existência dos princípios permite perceber que estes, em sintonia com suas idiossincráticas diretrizes individuais, somente tem sentido para resguardar a tutela jurídica de situações sociais sem que, necessariamente, o perfil característico da diretriz de um implique uma exclusão lógica do outro. Colha-se nesse sentido o ensinamento de Ávila:

Com essas considerações se quer chamar atenção para o fato de que a definição de que a definição de princípios como normas carecedoras de ponderação pode conduzir – como de fato tem conduzido, e o Brasil é testemunha disso – a um certo “relativismo axiológico”: todos os princípios podem ser afastados, inclusive aqueles princípios reputados fundamentais, quer pela doutrina, quer pelo ordenamento, justamente por veicularem valores que não poderiam ser descartados. Tal noção estereliza o caráter jurídico-normativo que define os princípios como normas jurídicas, com bem aponta Grau. (ÁVILA, 2011, p. 129).

E continua o autor:

Todas as considerações anteriores visam a demonstrar que a homogeneidade conceitual mínima não pode esconder a heterogeneidade eficaz dos princípios constitucionais – há princípios que se ombreiam com outros, assim como há princípios que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros; há princípios cuja

eficácia é graduável e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que **não podem ter o seu afastamento compensando com a promoção de outro princípio**. Os princípios constitucionais não formam, portanto, uma massa homogênea ou um bloco monolítico. Em outras palavras, o que distingue os princípios não é sua defetibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam a concretização por outra norma, de modo diversos e alternativos. As capacidades de ponderação e, por consequência, de restrição e de afastamento não são elementos essenciais dos princípios jurídicos. **Princípios não são necessariamente razões meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis** (grifos nossos) (ÁVILA, 2011, p. 130).

Neves também traz válida contribuição para a compreensão dos princípios:

Os princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras. Eles podem servir ao balizamento, à construção, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação de conteúdo de regras. Em relação às regras diretamente atribuídas a texto constitucional ou legal, sobressai sua função de balizamento, fortificação ou enfraquecimento e ampliação ou restrição de seu conteúdo. A respeito de regras atribuídas indiretamente ao texto constitucional ou legal, destaca-se como critério de construção ou desenvolvimento hermenêutico de regras. Dessa maneira, os princípios constitucionais fortificam a capacidade de reprodução adequada do sistema jurídico. (NEVES, 2013, p. 131/132).

Assim, embora os princípios sejam revestidos de elevado grau de abstração e indeterminação, devendo suas premissas axiológicas ser observadas diante do caso concreto e, por isso mesmo - pelo caso concreto – seu grau de incidência é variável, não significa que a ponderação casuística autorize o abandono completo de um princípio em detrimento de outro (s). Vide Ávila:

Um conselho é algo que pode ou não ser levado em consideração e mesmo que seja levado em consideração não necessariamente precisa guiar o curso da ação adotado pelo destinatário como afirma Raz. Quando se afirma que um princípio é uma norma carecedora de ponderação, e no conceito de ponderação se inclui a possibilidade de afastamento na definição de princípios, de um lado aproxima os princípios dos conselhos e dos valores e, de outro, retira-lhes o elemento vinculação. (ÁVILA, 2011, p. 128).

Isto posto, cumpre fazer uma análise sobre o posicionamento invocado pela doutrina, em referência ao Princípio de *Saisine*, no sentido de não reconhecer o direito de herança ao filho nascido, com manejo de técnicas de criopreservação, após a morte de um dos pais.

De fato, o princípio em comento é o norteador das disposições sucessórias no direito brasileiro. Seu fundamento reside, basicamente, em conferir estabilidade jurídica ao patrimônio deixado pelo *de cujus*. Veja-se:

A opção do direito brasileiro pela *saisine* plena é constituída de interesses práticos e de relevantes efeitos jurídicos, principalmente em relação aos sucessores, antes mesmo de confirmarem a transmissão pela aceitação. Como diz Pontes de Miranda (1972, v. 55, p. 21), primeiro a prescrição contra eles começa a correr da morte do *de cuius*. Segundo, podem exercer as medidas conservatórias, como as de defesa da posse, de interrupção da prescrição. Terceiro, podem pedir a partilha, tomar posse efetiva de bens, propor ações de nulidade ou anulação de testamento. (LÔBO, 2014, p. 50).

Tem-se, assim, que o bem jurídico tutelado por tal princípio é a propriedade. Contudo, a abertura de uma sucessão não está revestida apenas de um caráter patrimonial. Para além do patrimônio, aspectos relacionados à própria história individual e familiar, permeiam o contexto de uma sucessão. Vide Leite *apud* Gonçalves:

(...) na medida em que entre a vida e a morte se decide todo o complexo destino da condição humana. O aludido direito se esgota exatamente na ideia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta nas pessoas dos herdeiros. A sucessão, do latim *succedere* (ou seja, vir ao lugar de alguém), se insere no mundo jurídico como que a afirmar o escoamento inexorável do tempo conduzindo-nos aos desfecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito sucessório. É inquestionável, aduz o mencionado autor, “a importância das sucessões no direito civil. Porque o homem desaparece, mas os bens continuam; porque grande parte das relações humanas transfigura para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via relação sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e contínua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte. (LEITE, *apud* GONÇALVES, 2010, p. 20/21).

Não se estando a tutelar apenas a questão da propriedade, é que não se pode observar somente o Princípio de *Saisine* e ignorar outros princípios consagrados no Brasil, tais como os princípios: da Dignidade da Pessoa Humana, do Melhor Interesse da Criança e da Isonomia.

Com efeito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui-se em vértice fundamental do ordenamento jurídico pátrio, norte a ser observado nas diversas situações reguladas pelo direito e postas ao crivo do judiciário.

Tal princípio tem como fundamento a ideia Kantiana de dignidade:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela qualquer outra coisa como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (...). Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer outra coisa que tivesse preço, sem de

qualquer modo ferir a sua santidade? (KANT, *apud* KUMAGAI e MARTA. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830 acesso em maio/2018).

Comentando sobre esse princípio, Lôbo ensina:

Também resultou da evolução dos valores sociais que se projetaram como valores e princípios jurídicos, tais como o da dignidade da pessoa humana. Quanto a este último, sua essência na contemporaneidade radica exatamente na igualdade de direitos que devem ser reconhecidos a todos os que integram o gênero humano. A dignidade da pessoa humana relaciona-se tanto com a liberdade e valores de espírito **quanto com as condições materiais da existência**. Ela representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro ou o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar (grifos nossos) (LÔBO, 2014, p. 23).

A dignidade humana foi considerada como princípio fundamental no Brasil, na medida em que o ser humano não é tratado como um objeto a ser manipulado pela legislação. Ao reverso, é em sua função que as leis e os princípios são fundamentados e as leis editadas, sendo, inclusive, estas últimas alteradas em razão da mudança e/ou evolução dos costumes humanos.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança está, normativamente, materializado no artigo 227, *caput* da Constituição Federal de 1988, bem como nos artigos 4º, *caput* e 5º da Lei nº 8.069/90 que corresponde ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, veja-se o dispositivo constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

No mesmo diapasão é a regulamentação do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 1990)

Extraí-se da dicção legal que, por este princípio, é obrigação da família, da sociedade e do Estado proporcionar à criança de forma prioritária, o atendimento de

seu melhor interesse, o que transpassa aspectos de saúde, educação, patrimonial e da não discriminação.

A consagração de tal princípio faz com que a interpretação das normas jurídicas sejam feitas buscando sempre o atendimento aos interesses dos menores da sociedade, uma vez que, como restou claro pelas redações legais acima colocadas, incumbe à Família, ao Estado e à sociedade, o dever de proporcionar boas condições de crescimento e desenvolvimento dos menores, em todos os aspectos que se analise: moral, familiar, de saúde, de lazer e material. Neste sentido:

Ademais, assevera-se que o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, de maior abrangência, além de ter confirmado a existência do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como critério interpretativo, evidenciou sua natureza eminentemente constitucional, considerando-o como uma cláusula universal que se revela por meio dos direitos fundamentais da criança e do adolescente contidos na Constituição Federal de 1988. (Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400. Acesso em: maio /2018).

O Princípio da Isonomia, por seu turno, tem como corolário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Colha-se nesse sentido o ensinamento de Silva:

(...)os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência, como seres humanos, não se vê com deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdade entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc e “não se aspira [lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre (...) as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades (...) e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. (SILVA, 2008, 212/213).

E prossegue o autor:

Aristóteles vincuou a *ideia de igualdade à ideia de justiça*, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o *seu*, uma igualdade – como nota Chomé – impensável sem a desigualdade complementar que *é satisfeita se o legislador tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais* (SILVA, 2008, p. 213).

Como se vê, não se admite, em um primeiro plano, distinção entre as pessoas, devendo a lei conferir tratamento igual aos indivíduos. No entanto, nem todos são iguais e, exatamente por isso, seria desigual dar o mesmo tratamento a pessoas que possuem diferenças e necessidades diversas.

Por existir, inevitavelmente, disparidades entre os seres humanos é que se permite um tratamento não equacionado, para tentar alcançar a isonomia.

O tratamento diferente, entretanto, deve se dar em virtude de razoáveis e fundadas distinções natural, econômica e/ou socialmente existentes. Não é o que se verifica no caso do filho nascido após a morte de um dos pais através do manejo de técnica de reprodução assistida homóloga.

Isto porque o vínculo de filiação, em casos como esse, já é legalmente reconhecido pelo Código Civil em seu art. 1.597, III, o que implica, por decorrência lógica, no reconhecimento dos demais direitos inerentes ao estado de filiação.

Ademais, não existe justificativa plausível para fundamentar distinção entre filhos nascidos de concepção inteiramente natural e os filhos nascidos com o auxílio de mecanismos de reprodução assistida. Com efeito, em ambas as situações, o filho foi desejado pelos pais, dentro do campo da autonomia procriativa e da liberdade de planejamento familiar, não subsistindo distinção entre os filhos com base na diferença do momento da concepção, uma vez que, de qualquer modo, detêm-se o estado de filiação. Em verdade, o filho advindo da fertilização assistida é tão desejado quanto, pois significa que, diante da dificuldade em procriar, os pais buscaram meios alternativos para transpor tal barreira. A superveniência da morte de um deles não retira o estado de fato da filiação e, por consequência de direito a habilitação na sucessão.

4.4. Comparativo com a prole eventual

O Código Civil, em flagrante “exceção” ao Princípio de *Saisine*, permite, em seu art. 1.799, que se deixe, via testamento, herança para quem, embora ainda não esteja vivo ou, ao menos, concebido quando da abertura da sucessão, possa ser gerado. Se silente o testamento quanto ao prazo para a concepção, o legislador fixou o prazo de dois anos. Trata-se do instituto conhecido como prole eventual. Veja-se a dicção legal:

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

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

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. (BRASIL, 2002).

Em lúcido ensinamento do instituto aqui comentado, Venosa traz as seguintes considerações:

São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte (...). Assim não quer o testador deixar a herança para o irmão solteiro e sem filhos, vendo-o como um dilapidador ou não digno de confiança. Atribui-se, então, o quinhão a sua eventual *prole*. Se o irmão, vivo quando da abertura da sucessão, não vier a ter filhos, a disposição é ineficaz, caduca (...). Como se vê, nesses casos a lei nem mesmo exige a concepção quando da morte. A lei fala em *prole* eventual. Se o testador não esclarecer todos os filhos da pessoa designada herdará por igual. Recebem a herança diretamente do *de cujus*, a exemplo dos casos do nascituro e da renúncia da herança. Não há dupla transmissão. O termo *prole* só se refere a filhos; os netos não se incluem na dicção legal, nem haveria razão para tal extensão (...). Essa *prole* eventual mencionada na lei pode já existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. (VENOSA, 2006, p. 195).

Colhe-se no mesmo sentido a lição de Diniz:

Se o herdeiro nomeado existir por ocasião da abertura da sucessão, o legado estará assegurado ao filho que futuramente vier a ter. A expressão *prole* eventual só compreende os filhos e não os netos da pessoa indicada pelo testador (...). Se não o estiver (vivo), não poderá conceber e a disposição caducará. A deixa, que beneficia a *prole* eventual valerá, mas sua eficácia dependerá de que o herdeiro esperado seja concebido e nasça com vida. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, ele não for concebido, os bens que lhe foram destinados passarão aos herdeiros legítimos, exceto se o testador dispuser o contrário (CC, art. 1.800, § 4º). (DINIZ, 2010, p. 192/3).

Assim, analisando o panorama legislativo, observa-se que há um contraste, despido de razoabilidade, ao se permitir que uma *prole* eventual de terceiros possa

herdar, e aquele que é geneticamente (e por vontade sua) filho do *de cujus* não tenha direito à herança, em afronta ao Princípio da Igualdade entre os Filhos.

Em virtude, inclusive, dessa disparidade é que se faz necessária uma regulamentação sobre a matéria que é, a um só tempo, questão de interesse íntimo, familiar e privado e, igualmente, social.

Como todas as questões que possuem, no viés social, situações das quais possam resultar efeitos jurídicos, regulamentar a matéria é medida necessária para evitar instabilidades social e jurídica desnecessárias.

5. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

O Direito e as ciências sociais possuem profunda interligação, na medida em que o primeiro é o meio regulador das interações e comportamentos observados na sociedade, interligação que está sempre pautada na consciência coletiva da convivência humana.

A presente seção busca demonstrar essa relação assim como chamar atenção para a necessidade de regulamentação dos desdobramentos sucessórios da reprodução assistida homóloga *post mortem*.

5.1. O Direito e o fato social

Em toda forma de convivência humana grupal o direito, formal ou informalmente, faz-se presente como meio necessário para a promoção da harmonia social. Vide Saldanha:

Por outro lado, podemos hoje dizer que a vida social exige o direito (como sustentação da ordem e reparo de conflitos), mas isso vem de ter a experiência chegado a fazer pensar assim: a Sociedade e o Direito chegaram a ser tais que se coexigem, e disso o pensamento jurídico moderno fez um postulado, inclusive implicando um modo especial de ver a evolução do direito e da sociedade. (SALDANHA, 1999, p. 75/6).

Nesse contexto, é inegável a existência de um entrelaçamento entre as normas e o fato social, na medida em que as primeiras existem em razão e nos limites do segundo. Isto é, a regulamentação deriva do comportamento humano e

social e está adstrita ao mínimo moral da consciência coletiva em que está inserido.

Veja-se o ensinamento de Saldanha:

Uma das primeiras visões sociológicas importantes do Direito foi a devida a Ehrlich, segundo a qual, a sociedade possui de si mesma uma “ordem interna”, a que corresponde uma ordem jurídica espontânea e fundamental, por sua vez coberta ou abarcada (posteriormente) pela estatal. Um pousco de apriorismo se esconde, talvez, nas formulações desta espécie, pois nelas o conceito de Direito é justaposto ao de sociedade, como conceitos previamente dados. (...).

(...). O problema, porém, não consiste tanto em afirmar que o Direito é fenômeno social, e sim em situar as suas conexões com as formas e as forças que compõem a vida social. Evaristo de Moraes Filho diz que **o direito “vive – como fato e como norma – mergulhado na mesma Gestalt cultural da sociedade ambiente.** (grifos nossos) (SALDANHA, 1999, p. 69/70).

E continua:

O jurídico, sendo relacional e sendo por tradição “sistemático”, implica sempre estruturas. Isto pode ser interpretado como dependência do Direito diante de outros elementos da vida social (infra-estrutura, superestrutura), ou, ao contrário, como supremacia social do jurídico. O aspecto estrutural da sociedade, entretanto, significa sempre uma interdependência ou solidariedade funcional entre suas partes, interdependência que varia em função das coordenadas histórico-culturais e dos dinamismos, próprios de cada tipo de sociedade: há sociedades que “parecem” estáticas em comparação com outras, como há épocas em que a “arrumação” dos componentes concretos da vida social assume forma peculiar em relação com outras. **Sempre, todavia, o que se denomina *Direito* se acha em correspondência com a ordem social genérica. E de outro modo não podia ser.** (grifos nossos) (SALDANHA, 1999. P. 70/71).

Não se pode perder de vista, também, que a regulamentação jurídica deve ser pautada tanto pelo aspecto individual, como pelo aspecto coletivo, devendo o direito buscar, em sua tutela, atender, o mais harmonicamente possível, ambos os interesses. Vide Souto:

Juridicamente, isto é, de acordo com a formulação científico-empírica atualmente insuperável do sentido básico permanente humano do dever ser, o interesse individual e o coletivo se equilibram, não havendo prevalência de um sobre o outro. Isso corresponde a dados sociológicos: sabemos que não há sociedade sem indivíduo, nem indivíduo sem sociedade.

O binômio indivíduo- sociedade não subsiste senão com os seus dois termos: um implica necessariamente o outro. Então, não há porque valorar mais um dos termos, nos extremos do individualismo ou do coletivismo. A fórmula jurídica de orientação será, antes, indivíduo = coletividade. As regras que sejam jurídicas deverão ser construídas na obediência a essa fórmula. (SOUTO, 1971, p. 167).

Assim, um regramento social deve possuir uma coerência lógico-proporcional em seu todo para, velando por interesses individuais e coletivos, não dar margem a privilégio de um em face do outro e vice-versa.

Existe, entretanto, uma dificuldade de cunho temporal. Isto porque o direito, por diversas vezes, não é “o criador” do comportamento social, mas, de modo diverso, é deste derivado. Assim, é como se o direito estivesse “a reboque” dos acontecimentos o que faz com que sempre existam situações não reguladas pelas normas.

Em situações “pioneiras” a solução jurídica é a invocação de princípios que o norteiam ordenamento jurídico para o deslinde da matéria posta em questão. A propósito veja-se a declaração da Ministra Nancy Andrighi em julgamento de um Recurso Especial:

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução de questões de interesse existencial humano. (ANDRIGHI, BRASIL, 2009).

Ao longo do tempo, contudo, situações tidas como raras, passam a se verificar em maior escala, como é o caso da reprodução assistida e, para que haja maior estabilidade na resolução de conflitos sociais, é fundamental a existência de normatização. Veja-se o ensinamento de Saldanha:

Sob certo ângulo estas forças sociais são *condutas*, ou se expressam através de condutas. As condutas se cruzam e se somam na teia social, e dão o seu lado móvel, dinâmico. A ideia de sociedade como *ordem* significa ordem em posições e ações, **envolvendo de certa forma um plano normativo, implicando um mínimo de regularidade de comportamento.** (grifos nossos) (SALDANHA, 1999, P. 77).

E continua:

Ao lado do conceito de *estrutura*, como complemento, podemos usar o conceito de *processo social*, conceito igualmente genérico e indicador de diversas espécies de ação ou mutação social. Há processos de maior e menor amplitude, de maior e menor lentidão. **A chamada mudança social, interessa ao estudo do Direito, por exemplo, na medida em que acarreta alterações adaptativas no ordenamento.** (grifos nossos) (SALDANHA, 1999, p. 80).

E é da necessidade de adaptações do ordenamento às mudanças sociais, que reside a necessidade de o Direito acompanhar o fato social da forma mais célere possível.

Com efeito, a reiteração de comportamentos advindos da mudança social reclama do direito um olhar sobre eles, uma vez que, tornando-se comum uma prática até então tida como isolada, faz-se necessário que exista uma prestação

jurisdicional o mais isonômica possível e que proporcione a necessária segurança jurídica.

A dificuldade de cunho temporal, embora sempre e inevitavelmente existente, deve ser minimizada ao máximo para que o Direito cumpra com seu papel instrumentalizador da harmonia na convivência em grupo.

Nesse contexto, o avanço da tecnologia, capaz de proporcionar a dilação temporal na geração de uma vida e, conseqüentemente, de todos os direitos a ela inerentes, não deve ser assunto que se deixe à margem da regulamentação jurídica.

5.2. A tutela jurídica na reprodução assistida

Conforme já detalhado na presente pesquisa, o cenário existente no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, quanto ao direito de herança, é que, com a morte, abre-se a sucessão, momento em que a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros vivos ou, ao menos, concebidos, ao tempo do óbito.

Porém, como também já se disse, o avanço da tecnologia proporcionou o nascimento de seres humanos em momento posterior à morte de um dos detentores do material genético, sendo aquele que foi gerado através do manejo de técnicas de reprodução assistida possuidor do estado de filiação em face, inclusive, do que já faleceu.

Está-se a falar do estado de filiação. Seu direito à herança, contudo, não obteve o mesmo acompanhamento célere do direito.

O dinamismo social aliado à evolução da ciência possibilitou a concepção de um filho quando um dos pais já está morto, é fato que reclama do Direito uma adequação à nova realidade/possibilidade, não se podendo, sobre o tema, permanecer a ideia de que só os herdeiros vivos ou já concebidos ao tempo do óbito podem herdar.

É que, mesmo após a morte, tendo o cônjuge ou companheiro falecido deixado autorização para utilização do seu material genético, tal como defende a presente pesquisa, “não se perde a noção de liberdade” (Lôbo, 2012, p. 222).

Isto é, o consentimento do uso do material genético após a morte, somada à vontade de dar continuidade à história por parte do cônjuge sobrevivente, é que faz

com que o vínculo de filiação seja legitimado. E, sendo assim, o direito à herança deve ser igualmente garantido, não podendo o Direito adormecer em um panorama social anterior à evolução humana, social e tecnológica. Veja-se:

Em princípio parece patente – e qualquer jurista como tal pode admitir – que o “desenvolvimento” como fenômeno histórico-social é menos um fenômeno jurídico do que econômico e tecnológico; ao menos, se se parte da noção comum de desenvolvimento ligada à apreciação do crescimento de elementos materiais e do nível de vida em sentido (é uma petição de princípio econômico). O desenvolvimento é uma configuração de aspectos de vida que certos povos exibem em grau avançado e outros povos parcamente possuem. Pode-se admitir esta noção como noção assente. **Mas o problema do desenvolvimento, na medida em que o provocou tomadas integrais de consciência, inclusive no plano ético e no político, teve de ser encarado como problema humano, teve de ser reexaminado como conceito e como experiência. E então, a idéia de desenvolver-se teve de saltar fora das definições meramente materiais e sobretudo meramente históricas: não mais conceito apenas tecnológico e de “renda per capita”, mas conceito ligado a status humano das comunidades e dos povos** (grifos nossos) (SALDANHA, 1999, p. 222).

E prossegue o Autor:

Por isso temos de aceitar o convívio do direito com as novas formas vigentes na sociedade tecnológica. Mesmo porque nem tudo nela é *ainda* tecnológico, e é tempo talvez de impedir que se chegue a tal. Mas o jurista deve aceitar isto sem ato de acomodação ou de passividade. O jurista, repito, deve manter viva a capacidade de criticar e desaceitar. Ele deve julgar os sistemas, ao contrário dos que acham que seu caráter de técnico o impede de valorar ou desvalorar o sistema dado. O jurista é um técnico na medida em que trabalha sobre formas e conhecimentos específicos, que demandam aprendizado sistemático e que representam um tirocínio peculiar; na medida em que também o direito é ele mesmo uma técnica, com rigores verbais, formalização necessária, sistemática e construção dentro de um existir social cujo lado normativo ele seleciona, capta, domina e concretiza. Mas não pode ser “tão técnico” a ponto de neutralizar-se, e aderir como um tecido plástico a qualquer forma política ou tecnológica. Deve ser um técnico *dentro da técnica* (...). E fora disso, para além disso, ser um doido, digo: ser um ente humano. E notem a palavra que entra no resto do verso de Pessoa: com todo o *direito* a sê-lo. (SALDANHA, 1999, p. 246/247).

É válido ressaltar que também os princípios e sua forma de aplicação devem estar sintonizados com o dinamismo social. Veja-se a propósito, o ensinamento de Neves:

A questão da colisão intraprincípios ganha relevância quando considera a diferenciação em várias esferas de comunicação. Os princípios não devem ser compreendidos conforme um modelo simples de compreensão da sociedade moderna e do Estado democrático de direito: os princípios variam conforme a esfera de comunicação em que se aplicam. Nesse sentido, o caráter multicêntrico da sociedade importa uma concorrência entre leituras diversas e incomensuráveis do mesmo princípio. (NEVES, 2013, p. 162/163).

Assim, analisando-se o contexto da reprodução assistida, é de se notar que o Princípio de *Saisine* não deve ser analisado individualmente como único norte modelador do direito sucessório, uma vez que, como dito na citação acima, os princípios variam conforme a esfera em que se aplicam. Desse modo, faz-se mister, por vezes, a depender do contexto em que estão inseridos, fazer-se uma relativização principiológica, com vistas a proporcionar harmonia à convivência de um princípio com os demais, uma vez que “a ponderação comparativa entre as diversas perspectivas de um mesmo princípio (...) é fundamental à adequação social do direito”. (NEVES, 2013, p. 169).

Analisando todas as questões até aqui explanadas chega-se à conclusão de que a regulamentação da reprodução assistida é fundamental para o alcance da segurança jurídica à propriedade, preocupação do ordenamento jurídico brasileiro, sem que se ignorem as “novas” formas de concepção.

Registre-se que mesmo existindo princípios (Dignidade da Pessoa Humana, Isonomia e Melhor Interesse da Criança), a inspirar o direito de herança, a normatização constitui um vetor de agregação na tutela do tema, concretizando, de maneira mais palpável, a abstração dos princípios. Neste sentido:

Um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais importantes do que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma (ÁVILA, 2011, p. 120/121).

Veja-se ainda o ensinamento de Diniz, no que pese seu posicionamento contrário à realização das técnicas de reprodução assistida, acerca da necessidade de regulamentação da matéria:

Apesar de sermos contrários a essas novas técnicas de reprodução humana assistida, temos a consciência que o jurista não poderá quedar-se inerte ante a essa realidade, ficando silente diante de tão intrincada questão, nem o legislador deverá omitir-se, devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível for vedá-la. (DINIZ, 2006, p. 555).

Além de se reconhecer que o dinamismo social, quanto à fertilização humana artificial, reclama do Direito uma tutela, é necessário ainda que a regulamentação venha para conferir os direitos sucessórios ao filho concebido homologa e artificialmente *post mortem*.

Com efeito, como já defendido, não há qualquer motivo revestido de razoabilidade a justificar tratamento desigual direito de sucessão entre filhos concebidos antes do óbito de um dos pais dos concebidos depois, o que demonstra que o posicionamento doutrinário também já elencado encontra-se em afronta ao Princípio da Isonomia.

De igual modo, as opiniões doutrinárias estão indo de encontro ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Princípio do Melhor Interesse da Criança. Isto porque, como também já dito, a situação objeto desta pesquisa possui facetas que ultrapassam o aspecto patrimonial.

Assim, a regulamentação que vier a ser editada deve levar em consideração não só a questão material (patrimônio), mas também o interesse da criança, em seu direito de tratamento isonômico e sua dignidade enquanto pessoa humana.

Ademais, deve-se levar em consideração também a coerência lógica do ordenamento jurídico brasileiro. Qual o sentido que existe em reconhecer-se o vínculo de filiação (art. 1.597, III do diploma civil), mas não conferir o direito de herdar? Ainda, qual a congruência de se poder deixar a herança para prole eventual de terceiros (art. 1.799 do Código Civil) e se vedar a legitimação à sucessão ao filho, concebido *post mortem*, mas desejado?

A toda evidência, não existe nenhuma plausibilidade a justificar tamanha contradição, sendo fundamental que tal contraste seja superado, pois:

No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado, é o *postulado da coerência*, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores. (ÁVILA, 201, p. 135/136).

Desse modo, o Direito não pode ignorar um fato social tão relevante que, através de manipulação genética, possibilita geração de vida, ao passo em que também não deve adormecer com inconsistências lógicas que permeiam o próprio

ordenamento. Ou seja, deve-se conferir um tratamento à causa – vínculo de filiação – sem fechar os olhos para a consequência (direito à sucessão da nova vida).

6. CONCLUSÃO

O estudo da presente pesquisa tem como objeto o estudo da família, da filiação e as formas artificiais de concepção, bem como a necessidade de regulamentação sobre os desdobramentos no direito sucessório.

Partindo da análise de aspectos psicológicos que inspiram a vontade de ter filhos e procriar suas origens na terra, faz-se um breve panorama da apresentação sobre os tipos de mecanismos de reprodução assistida, bem como sobre a possibilidade de ocorrer uma concepção artificial após a morte de um dos detentores do material genético.

Por existir tal possibilidade, chega-se à problemática da legitimação para suceder daquele filho nascido de concepção artificial homóloga *post mortem*, exatamente porque tal situação não foi analisada, de forma concreta, pelo ordenamento jurídico.

Não existindo regulamentação, um apanhado sobre as visões doutrinárias sobre o tema apontou no sentido de não detenção da condição de herdeiro em relação ao filho nascido com o manejo de mecanismos de criopreservação embrionária, após o falecimento de um dos pais.

Divergindo da posição doutrinária, a pesquisa concluiu, através de reflexão sobre a função dos princípios em um ordenamento jurídico, bem como sobre a coexistência entre eles - notadamente dos princípios que se relacionam mais proximamente como tema, quais sejam, Princípio de *Saisine*, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Isonomia e Princípio do Melhor Interesse da Criança – que a vedação, de cunho doutrinário, ao direito de herança em casos de fertilização artificial homóloga *post mortem* não encontra amparo nem consistência lógica quando se analisa ordenamento jurídico como um todo, quanto ao tratamento dado ao tema.

Mesmo existindo contraste ao, por um lado, reconhecer-se o vínculo de filiação e de outro, negar a possibilidade de habilitar-se na sucessão – negação de fonte doutrinária – o Direito mantém-se inerte e silente quanto à normatização de tal disparidade.

A pesquisa demonstrou, assim, que é com urgência que o Direito deve regulamentar tal situação, por ser um assunto que está presente no contexto social

e que possui grande relevância, à medida que se fala em manipulação genética capaz de gerar vida, e que reflete, conseqüentemente, na aquisição de direitos inerentes à condição, primeiramente de pessoa humana, como também do próprio vínculo de filiação, notadamente o direito à sucessão.

Analisando o ordenamento jurídico de maneira una e coerente, concluiu-se que a regulamentação reclamada deve conferir os direitos sucessórios ao filho nascido após a morte de um dos pais, com o auxílio de mecanismo de reprodução artificial, por ser a solução que mais se coaduna com o melhor interesse da criança, com a igualdade no tratamento entre os filhos, consagrada pela Constituição Federal de 1988, bem como com o próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo, SP: Malheiros, 2011.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Código Civil do. **Código Civil**. Promulgado em 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Promulgado em 13 de julho de 1990.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça. REsp 1008398 SP 2007/0273360-5**. Julgado em 15 de outubro de 2009.

BRASIL, **Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal**. Enunciado aprovado em 13 de setembro de 2002.

BRASIL, **Resolução nº 2168/2017 Conselho Federal de Medicina**. Editada em 10 de novembro de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo, SP: Saraiva, 2007, v. 6.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo, SP: Saraiva, 2006., v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo, SP: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, v. 7.

HIRONAKA, Giselda. **Comentários ao Código Civil, v. 20**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: direito de família**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo, SP: Diário Oficial, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo, SP: Saraiva, 2012., v. 4

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões.** São Paulo, SP: Saraiva, 2014, v.5

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo, WMF, 2013.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito.** Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 1999.

SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como ciência social.** Brasília, GO: Universidade de Brasília, 1971.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família.** São Paulo, SP: Atlas, 2006, v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito das Sucessões.** São Paulo, SP: Atlas, 2006, v. 6.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7830 - Acesso em maio de 2018.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400 - Acesso em maio de 2018.