

A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POS MORTEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

* WALINGTON CARLOS DE LIMA JÚNIOR

DOUTORANDO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS PELA UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO, DE BUENOS AIRES, ARGENTINA.

ADVOGADO.

PROFESSOR DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL, NA FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA, FADIPA.

TEM EXPERIÊNCIA NA ÁREA DO DIREITO, COM ÊNFASE EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL.

** BRUNO MARTINS FERREIRA

Graduação em Direito pela Universidade FUMEC

Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho.

Advogado.

Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana e Adjunto da FADIPA - Faculdade de Direito de Ipatinga - ambas da FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos.

*** GIOVANA PRADO CALHAU

Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos em 2002.

Pós-graduada em Direito Público/Privado pela APROBATUM.

Atualmente é coordenadora e advogada do Núcleo de Assistência Jurídica da Universidade Presidente Antônio Carlos e Professora titular da Faculdade de Direito de Ipatinga.

É capacitada para Mediação e Conciliação pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

**** SOLANGE GONÇALVES DOS SANTOS

Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos em 2002.

RESUMO

Este artigo, realizado com base em pesquisa bibliográfica, tem como objetivo analisar a possibilidade da criança concebida após a morte do genitor, por meio de técnicas de reprodução artificial humana, fazer jus ou não, à percepção de herança. Releva notar que tema é relevante no que diz respeito à sua atualidade no ordenamento jurídico. O presente trabalho está separado em três seções, que analisam os seguintes assuntos: a primeira aborda a bioética e o biodireito, como importantes matérias para o entendimento do que se pretende, analisando-se seus conceitos e princípios norteadores. Na segunda, discorre-se sobre a entidade familiar, sua evolução e princípios constitucionais positivados, chegando-se ao direito de filiação e suas implicações. Na terceira e última, estuda-se as técnicas de reprodução artificial humana, chegando-se à fertilização artificial *pos mortem*, analisando-se sua possibilidade e efeitos no mundo jurídico. Por fim, conclui-se que através da técnica de fertilização artificial *pos mortem* gera-se paternidade legítima bem como o direito à sucessão, em virtude das disposições constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Biotecnologia. Biodireito. Reprodução artificial. Direito de Sucessão.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da ciência, surgem situações sociais antes inconcebíveis pela humanidade. São incontáveis os métodos artificiais de reprodução humana, que podem ser utilizados para se alcançar a paternidade almejada por muitos casais que se vem impossibilitados de conceber seus filhos de maneira natural.

Assim, tais técnicas não podem ser desconsideradas pelo ordenamento jurídico de qualquer país, uma vez que já fazem parte da realidade vivenciada e, se não reguladas, podem gerar situações esdrúxulas.

Entretanto, mesmo com o advento do Código Civil em 2002, muitas discussões referentes às técnicas de reprodução artificial humana restaram sem a disposição legal desejada, deixando muitas situações sem a regulação necessária.

Em face das consequências sociais e jurídicas ocasionadas pela aplicação das técnicas artificiais de reprodução humana, faz-se necessário analisar os resultados ocorridos das relações de parentesco que tais técnicas ocasionam, bem como os direitos decorrentes da filiação por tais métodos.

Assim, para fins deste trabalho, analisa-se a fecundação artificial homóloga realizada após a morte de um dos cônjuges. Discute-se, ainda, o direito ou não do filho concebido dessa forma à herança, buscando-se embasamento nos princípios constitucionais e de direito de família, bem como nos pilares do direito sucessório.

Deseja-se demonstrar, também, que no ordenamento jurídico pátrio há previsão legal para o procedimento, bem como demonstrar qual o lapso temporal decorrido após a morte do *de cuius* permitido para que ainda se realize a fecundação artificial assegurando-se o direito de herança do filho, sem ofender o princípio da segurança jurídica.

2 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

Com os grandes avanços na área das ciências médicas, surgem situações que necessitam de regulamentação para que não haja excessos por parte dos profissionais que atuam em tais segmentos. Assim, foi necessário um avanço também das normas que regulam a aplicação das novas técnicas, como uma forma de proteção ao indivíduo.

Nesse contexto, nascem a bioética e o biodireito, como um esforço de se normatizar as práticas científicas, estabelecendo-se padrões éticos a serem observados por seus operadores.

A análise dos conceitos abordados neste Capítulo tem pertinência para o deslinde do presente trabalho monográfico, pois são a bioética e o biodireito que regulam as situações que envolvem a filiação concebida através dos métodos artificiais.

2.1 A bioética

Foi Van Rensselaer Potter, biólogo e oncologista, quem utilizou pela primeira vez, no ano de 1971, o termo bioética, iniciando uma nova disciplina, que objetiva empregar valores éticos às ciências biológicas, principalmente na área da medicina (SANTOS, 1998, p. 55).

Releva notar que a bioética teve como precursor o Código de Nuremberg, instituído no ano de 1947, logo após a Segunda Guerra Mundial, como uma forma de impedir que ocorressem novamente as barbáries praticadas pelos médicos durante o nazismo. Tal diploma contém dez princípios que dizem respeito às experiências com seres humanos, sendo que o primeiro deles determina ser essencial o consentimento voluntário do paciente.

Buscando-se um conceito para a bioética, pode-se citar os dizeres de Marconi Ó Catão, *in verbis*:

[...] um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, com o escopo de esclarecer e solucionar questões éticas advindas do progresso das ciências biomédicas. Assim, seu estudo vai além da área médica, envolvendo também a Psicologia, o Direito, a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Ecologia, a Teologia, a Filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores. Essa pesquisa não tem fronteiras, dificultando, inclusive, uma definição, uma vez que os problemas são considerados sob vários ângulos, na tentativa de harmonizar as melhores soluções (CATÃO, 2004, p. 36, grifo nosso)

Assim, a expressão bioética pode ser entendida como o “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, considerada a luz dos valores e princípios morais”, acrescentando ainda a autora que a bioética objetiva “[...] a análise dos problemas morais ligados à biomedicina e de sua conexão com as áreas do direito e das ciências humanas”. (ALBANO, 2004, p. 15)

Segundo Fátima de Oliveira:

A bioética enquanto disciplina (para alguns já é uma ciência e para muitos, apenas uma ética prática) possui um ‘defeito de origem’ – humanismo ‘acima de tudo’ -, a ponto de não incorporar e nem ter ainda compreendido a necessidade de interpenetrar metodologicamente as variáveis sexo/gênero, raça/etnicidade e classe social; ela também ‘trabalha’ com um método de análise constituído por um ‘ser humano’ que, como vimos, beira as raias do abstrato. [...] Isto explica por que são tão endeusados, e às vezes compreendidos de uma forma hierarquizada, os princípios da autonomia, da não-maleficência, da beneficência e da justiça. Para muitos a alteridade não é um princípio, talvez um critério para ser usado de forma subjetiva (OLIVEIRA, 1997, p. 105)

Assim, a bioética pode ser percebida como um agrupamento de reflexões filosóficas e morais em relação às ciências biológicas, mais precisamente relacionada às práticas médicas. Sendo assim, é uma ciência que tem função propiciar uma melhor qualidade de vida do ser humano, garantindo a sua sobrevivência e integridade física haja vista a aplicação de novas tecnologias, substâncias, pesquisas e experiências que, se não normatizadas e fiscalizadas, podem ser empregadas de forma irresponsável (DINIZ, 2002, p. 09).

O assunto torna-se complexo quando se analisa a abrangência da bioética. As questões referentes a esta não tratam apenas das ciências médicas, mas também

“[...] de questões científicas, filosóficas, econômicas e jurídicas, da qual a interdisciplinaridade é notória” (SANTOS, 2001, p. 116). Engloba questões relativas ao campo político-jurídico, sendo afeta a problemas como a ecologia, aos direitos sociais, das gerações futuras, individuais, dentre outros. Através dessa interdisciplinaridade, a bioética possui um elo estreito com o direito, que normatiza a conduta dos indivíduos na sociedade, inclusive através da coerção estatal.

Por fim, assim como preceitua CLOTET (1997, p. 15), através das normas da bioética surge a discussão “sobre os modos de agir corretos ou incorretos de médicos, pesquisadores, usuários das novas técnicas biomédicas e farmacológicas, pacientes e demais pessoas envolvidas [...]”. Assim, podem contribuir até aqueles considerados alheios às ciências biológicas, como os legisladores, estudiosos da ética, bem como os operadores do direito, ajudando na elaboração de normas e princípios éticos que regulem a conduta dos profissionais desta área.

2.2 Princípios norteadores da bioética

Objetivando solucionar possíveis conflitos advindos das atuais técnicas empregadas devido ao avanço da biotecnologia, a bioética vale-se da aplicabilidade de princípios próprios, chamados de trindade bioética, quais sejam os princípios da autonomia, da beneficência e da não-maleficência e o princípio da justiça, os quais são considerados norteadores no que tange o desenvolvimento das tecnologias enquanto ciência de experimentação em seres humanos pela biomedicina.

Nesse sentido, preceitua PESSINI (2005, p. 52-53) que “[...] do princípio da autonomia decorre o procedimento do consentimento informal, do princípio da beneficência, a avaliação dos riscos e benefícios e do princípio da justiça, a seleção equitativa dos sujeitos de experimentação”.

O princípio da autonomia se refere a capacidade que o indivíduo tem de governar-se, tendo o domínio da sua própria vida e respeito a sua intimidade. Tal princípio fora inserido no ordenamento jurídico conforme o que dispõe o artigo 15 do Código

Civil, o qual prevê que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Percebe-se que princípio da autonomia atende:

[...] à perspectiva do próprio paciente como sujeito autônomo e independente, capaz de se autogovernar, fazendo as escolhas, opções e avaliações sem imposições ou influências externas. O princípio da autonomia se insere no valor e convicção moral de que a liberdade de cada um é merecedora de tutela e promoção (ENGELHARDT *apud* GAMA, 2003, p. 64).

Assim sendo, o princípio da autonomia estabelece então que para que seja realizado o experimento científico é necessário o consentimento prévio do paciente, sem qualquer tipo de coação.

Já o princípio da beneficência é um critério utilizado pela ética médica desde os tempos de Hipócrates, estabelece que a intervenção médica deve trazer benefícios ao paciente e não causar-lhe dano. Nesse sentido, leciona Diniz:

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional de saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça. No que concerne às moléstias, deverá ele criar na práxis médica o hábito de duas coisas: auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente (DINIZ, 2007, p. 17).

No entendimento de (TRISTRAN *apud* GAMA, 2003, p. 62), “o princípio da beneficência aponta que os argumentos morais se localizam nas questões a respeito do que é bom ou apropriado fazer”.

A amplitude do princípio da beneficência se dá em razão da subjetividade que envolve a pessoa do profissional médico na aplicação de procedimentos ou técnicas em determinado tratamento, cabendo a ele o juízo do que será bom ou ruim ao paciente, sendo que em certos casos a aplicação isolada desse princípio não seria suficiente, uma vez que:

[...] diante da constatação quanto aos perigos do emprego único do princípio da beneficência é limitada por quatro fatores: definição sobre o que é “bem

do paciente”, não-aceitação do paternalismo contido tradicionalmente na beneficência, aparecimento e desenvolvimento do critério de autonomia, novas perspectivas e preocupações com a justiça na área da saúde (CORREIA *apud* GAMA, 2003, p. 63).

Vê-se, portanto, que o princípio da beneficência deve ser compreendido como uma obrigação de melhorar a estado do indivíduo, através de ações positivas e imparciais, que não venham lhe causar danos subsequentes.

O princípio da não-maleficência é complemento do princípio da beneficência, prevê que não se realize procedimentos que sejam danosos ao paciente ou que não se tome qualquer atitude que venha a prejudicá-lo de maneira maldosa; numa tentativa de evitar danos previsíveis posto que, “ao lhe ser entregue a responsabilidade de cuidar da saúde de alguma pessoa, ao médico é vedado piorar a condição de saúde da mesma” (SÁ, 2002, p. 243).

Diante do exposto, percebe-se que a bioética tem por objetivo tornar mais fácil a situação do profissional diante de um caso concreto em que lhe caiba a tomada de decisões, devendo este adotar as normas corretas tendo nos princípios os elementos fundamentais para alcançar o melhor resultado observando os valores éticos de seu exercício profissional.

Já o princípio da justiça vem a ser o resultado da busca por uma consciência de cidadania e garantias de direitos a saúde como um direito do coletivo a fim de garantir igualdade de tratamento a todos.

É um dos mais relevantes princípios “pois, além de oferecer análise ética e moral para cada cidadão, é imperativo da política pública, de modo a competir o Estado a garantir vida digna e saudável a seus componentes” (TEIXEIRA; BAETA, 2004, p. 92).

O princípio da justiça “propugna que todas as pessoas recebam o mesmo tratamento, a despeito de suas diferenças, aparecendo, assim, a regra da privacidade” (SANTOS *apud* GAMA, 2003, p. 67).

2.3 O biodireito

As recentes décadas têm proporcionado à humanidade grandes evoluções no âmbito das ciências médicas e, como resultado de tal aprimoramento, vem o questionamento ético e jurídico sobre temas nunca sequer sonhados pelo ser humano. Barboza (2001, p. 32) leciona que: “O homem passou a interferir em processos até então monopolizados pela natureza, inaugurando uma nova era que poderá se caracterizar pelo controle de determinados fenômenos que escapavam ao seu domínio”.

É notória a responsabilidade da Engenharia Genética por enormes progressos na área da saúde. Através de suas pesquisas, numerosas enfermidades originadas por causas genéticas já foram diagnosticadas e, espera-se que em um futuro próximo, serão evitáveis, ou, até mesmo tratáveis, com possibilidades plausíveis de cura. Um bom exemplo são os avanços alcançados nos tratamentos por meio de células-tronco.

Em razão da rapidez com a qual tais conhecimentos são desenvolvidos, é primordial que existam normas reguladoras dos procedimentos que serão empregados para que a ciência progrida sem ofender os princípios éticos e os direitos fundamentais do ser humano, como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Cumpre, então, ao Direito seguir de perto essas inovações, de forma a situar-se em um ponto de equilíbrio entre a ciência e o ser humano.

É nesse quadro que aparece no ordenamento jurídico o denominado Biodireito. Definido como “o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina” (ARNAUD, 1999, p. 153), é um braço da ciência jurídica que propicia grande diversidade de aplicações, por exemplo, a controvérsia a respeito das células-tronco e a manipulação de embriões humanos, as técnicas de reprodução artificial, transplantes de tecidos e órgãos humanos, técnicas de mudança de sexo, clonagem humana, aborto de fetos anencéfalos, eutanásia, e outras questões latentes.

O Biodireito tem suas bases em três áreas do Direito: o Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito Penal.

O Direito Constitucional, braço do direito público, tem como objeto de estudo a Constituição da República, lei suprema de um ordenamento jurídico. Tem relação com o Biodireito no que toca à tutela dos direitos fundamentais, tais como a vida, liberdade, saúde, intimidade, bem como no que tange à base principiológica, uma vez que o Biodireito busca nesse ramo do direito e na bioética seus próprios princípios. Todos os preceitos garantidos pela Carta Constitucional constituem objetivos a serem atingidos pelas regras específicas originadas no campo do Biodireito.

Já o Direito Civil, ramo do direito privado, relaciona-se com o Biodireito no que diz respeito aos direitos da personalidade, ou seja, determinando o princípio da personalidade civil do homem, que conforme o artigo 2º do Código Civil de 2002 inicia-se no nascimento com vida. Tal dispositivo, vale lembrar, é o que incendeia as mais variadas polêmicas a respeito dos direitos do nascituro, na área do Biodireito. Em crítica ao art. 2º do Código Civil, Sílvia Mota leciona:

Faltou ao legislador galhardia suficiente para assumir o início da personalidade civil da pessoa humana, a partir do momento da concepção e, com esta atitude, contribuir para o desvendar de inúmeras questões relacionadas ao aborto ou à procriação assistida (MOTA, 2003, p. 49-51).

Ainda, é no Novo Código Civil que se estão disciplinados os direitos relativos à disposição do próprio corpo ou partes dele, durante a vida ou depois da morte, nos artigos 13 a 15.

O Direito Penal, a seu turno, ao fixar as condutas tidas por antijurídicas, comunica-se de forma direta com o Biodireito, que se serve das normas penais em inúmeros casos, como, por exemplo, na proibição do aborto e, por consequência, no estabelecimento de uma pena para tal conduta.

Nota-se, ainda, que a relação tão íntima do Biodireito com esses ramos do Direito pode provocar controvérsia acerca da necessidade real da instituição dessa nova área e uma discussão se as normas já existentes nos ordenamentos jurídicos tradicionais não seriam bastante para solucionar os conflitos entre o homem e a ciência.

A verdade é que os citados institutos tradicionais não são hábeis a resolver as controvérsias atuais, há uma carência normativa e as regras já existentes são lotadas de inexatidões, a ponto de se questionar se protegem ou desamparam as insólitas situações que surgem dia após dia. Por essa razão a defesa do fortalecimento do Biodireito como um braço autônomo do Direito tem sido amplamente defendida pelos estudiosos da ciência jurídica.

3 A ENTIDADE FAMILIAR: ASPECTOS RELEVANTES PARA O PRESENTE ESTUDO

3.1 A evolução da entidade familiar

Nos dias atuais, a palavra família, é encontrada no Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa com o sentido de “pessoas aparentadas que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos”, ou “comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laço matrimonial, e pelos filhos nascidos dessa união” e ainda como “grupo formado por indivíduos que são ou se consideram consangüíneos uns dos outros, ou por descendentes dum tronco ancestral comum e estranhos admitidos por adoção” (FERREIRA, 1999, p. 289).

Porém esta é uma concepção moderna, o significado deste termo nem sempre foi este. Derivada do termo latino *famulus*, na Roma Antiga, família era a palavra utilizada para se referir aos “escravos domésticos”. Em Roma, no entendimento de Arnaldo Wald (2002, p. 10), considerava-se família o conjunto de pessoas que viviam sob o *pater potestas*, qual seja, sob o poder do ascendente comum mais antigo. Importante ressaltar que o poder familiar não se concentrava necessariamente nas mãos do pai e sim do parente mais velho, que poderia ser um tio ou o próprio avô.

A esse tempo, a constituição familiar não se resumia nas pessoas do marido, esposa e filhos e sim de todos que estivessem sob a autoridade do *pater*, como as esposas dos filhos e os escravos, por exemplo. Não se dava tanta importância aos laços sanguíneos e sim a sujeição dos entes ao poder do *pater*. A família era então uma instituição, política, religiosa, econômica e jurisdicional, estando sempre subordinada às decisões do *pater* (ACQUAVIVA, 2006, p. 398-399).

No entanto, para Mônica Aguiar (2005, p. 4), ao passo em que o Estado Romano ia se fortalecendo, o poder patriarcal ia sendo minado, uma vez que os poderes jurídicos e econômicos passaram a se concentrar nas mãos do Estado. Vale salientar ainda a contribuição da Igreja para a descentralização do poder do *pater* com a disseminação do Cristianismo, sendo o culto familiar por ele substituído.

No decorrer da evolução social, a família, enfrentou várias transformações. Segundo Silvio Venosa (2006, p. 6), uma das maiores mudanças ocorreu com o advento da Revolução Industrial quando a atividade rural perdeu seu lugar frente ao trabalho nas fábricas. Com isso o homem já não era mais o único mantenedor da família, seu salário já não era o bastante para suprir as necessidades familiares, fazendo-se necessário que a mulher não mais se dedicasse exclusivamente ao trabalho doméstico e se lançasse no campo laboral das indústrias.

Ainda na visão de Venosa, as conquistas das mulheres a partir do século XX são consideradas um marco nas alterações da estrutura familiar. Tais mudanças são atribuídas ao fato de que a mulher ao integrar o mercado de trabalho passou a dispor de valores sociais que até então pertenciam somente aos homens, tornando-se necessário que outras entidades, como a escola ou o próprio Estado, assumissem funções que cabiam somente a família.

Hodiernamente, nossa sociedade é composta por famílias que em muito diferem da família romana. O poder familiar é compartilhado por ambos os pais, podendo ser exercido com exclusividade por um deles, se necessário. Além disso, existe a possibilidade de outros parentes se responsabilizarem pela estrutura familiar uma vez que a evolução social permitiu o aparecimento de diversas espécies de família.

O doutrinador Rui Ribeiro de Magalhães (2003, p. 23) classifica a entidade familiar considerando sua formação e o sistema ao qual está subordinada. Quanto a formação, a família pode ser classificada como monoparental, quando somente um dos pais é responsável por seus dependentes, ou biparental, quando ambos os pais se responsabilizam por prover seus descendentes. Quanto a subordinação, a família pode ser matriarcal ou patriarcal, vai depender de quem detém o poder de decisão na família. A evolução social da estrutura familiar abraçou ainda “as uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação.” (VENOSA, 2006, p. 6)

Assim sendo, preceitua Guilherme Calmon da Gama (2003, p. 543) possibilidade de se formar uma família havendo ou não um vínculo matrimonial, podendo a família ser formada a partir do casamento dos ascendentes da prole como também pela sua união estável.

Já nas palavras de Rui Ribeiro de Magalhães (2003, p. 24), a família contemporânea tem como núcleo a associação de duas pessoas e cresce à medida que vão surgindo os filhos, estendendo-se sua formação pelos laços colaterais.

Importante observar ainda que as famílias não surgem apenas da formação natural, ou seja, nem sempre a prole tem uma relação biológica com os pais, isso porque em algumas famílias, a prole é oriunda de uma formação civil pela adoção, ou ainda quando a relação consanguínea se dá com apenas um dos pais mas a ambos se atribui a filiação; nesse caso temos a formação da estrutura familiar advinda de um vínculo socioafetivo.

No Brasil, atualmente, a formação familiar não depende exclusivamente do casamento. Juridicamente, a concepção de família se ampliou, recepcionando várias composições familiares. A Constituição Federal brasileira, assim como outros diplomas legais, o reconhecem a legalidade das uniões nas quais provenientes do vínculo matrimonial formal, atribuindo a esse casais e à sua prole direitos e deveres. Sendo assim, encontramos na sociedade brasileira as mais diversas naturezas de

famílias, inexistindo em muitas delas a presença dos pais, é o caso das famílias constituídas tão somente pelos irmãos ou pelos avós e netos.

O ordenamento jurídico brasileiro, segundo Demian Diniz da Costa (2002, p. 24), aparentemente, acompanhou a evolução social. No que tange à concepção de família, deu-lhe um conceito mais abrangente, despidendo-lhe de sua roupagem moralista visando chegar ao seu real significado.

3.2 Princípios constitucionais relativos ao direito de família

Princípios são preceitos fundamentais que têm papel estruturante como fonte de direito, informando a elaboração, interpretação e aplicação das demais normas jurídicas. Dessa maneira, podem ser considerados até mesmo mais importantes do que estas, porquanto são mais que simples normas, cumprindo papel de verdadeira bússola que aponta o norte a ser seguido pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido leciona Mello, *in verbis*:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 1992, p.230) (grifo nosso).

Assim, os princípios são o alicerce no qual o ordenamento jurídico encontra seu fundamento de validade. Dessa forma, são diretrizes, mas são também normas dotadas de caráter coercitivo, hábeis a determinar condutas a serem seguidas pelos indivíduos e proibir as que com eles sejam incompatíveis.

A Constituição da República de 1988 é a base orientadora de todas as demais normas integrantes do ordenamento jurídico, e está fincada em princípios fundamentais, estabelecendo em seu artigo 1º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Os princípios como norma constitucional são preferíveis à estipulação de outro tipo de norma, uma vez que são dotados de flexibilidade evolucionária e à adaptabilidade ao momento histórico e social, diferentemente de normas com menor abstração, que dependem de alteração legislativa para que se adéquem aos desejos da sociedade quando estes sofrem mutação.

A base principiológica da Constituição da República de 1988 surtiu inúmeros reflexos dentro do Direito de Família. Não poderia ser de outra forma, uma vez que este ramo do direito é aquele subordinado, devendo respeitar seus mandames e orientações.

Os princípios gerais elencados na CR/88, bem como os específicos de direito de família, são importantíssimos para a interpretação de todas as leis relativas a este. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O certo é que existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, princípio da proibição de retrocesso social, da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no âmbito do direito da família. No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações de família e que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, despontando entre eles o princípio da afetividade (DIAS, 2010, p. 53)

O princípio que surte mais efeito dentro de qualquer ramo do direito, inclusive no de família, é o princípio da dignidade da pessoa humana. Ele:

É o princípio maior, afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal e fundante do Estado Democrático de Direito. A preocupação com a

promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão exclusivamente intelectual e, como todos os outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos (DIAS, 2010, p. 55).

O princípio da dignidade da pessoa humana é princípio fundamental em qualquer regime jurídico das sociedades consideradas como democráticas, pelo fato de que se trata de um direito humano fundamental a ser observado e aplicado de forma a garantir que as pessoas tenham uma vida digna oferecendo o mínimo para uma existência digna conforme previsto na ordem constitucional do nosso país.

Positivado no ordenamento se encontra também o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama ele se mostra

[...] não apenas como um princípio geral, mas como critério de interpretação e de aplicação da norma jurídica nas questões relacionadas à criança e ao adolescente, com a diferença que ele deve ser aprendido em todos os vínculos jurídicos relacionados à criança e ao adolescente (GAMA, 2003, p. 460).

Intimamente ligado ao princípio do melhor interesse, está o da proteção integral a crianças e adolescentes. Este teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, preceituando seu segundo princípio:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Sobre ele, a Constituição da República determina, em seu artigo 227, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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, 2012)

Ainda, em seu artigo primeiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente informa: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

Maria Berenice Dias demonstra a importância da proteção aos menores, dizendo:

O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças e adolescentes, dos direitos fundamentais específicos que lhes são consagrados constitucionalmente (DIAS, 2010, p. 63, grifo nosso).

Esse momento passa-se a analisar o princípio da igualdade e da igualdade entre os filhos. Tal princípio encontra previsão legal na Constituição da República, de forma implícita, em seu artigo 3º, inciso IV, e é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, visando garantir e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda, no artigo 5º, caput, a CRFB preceitua, ao introduzir os direitos fundamentais, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Assim, positivado está o princípio da igualdade.

Especificamente quanto ao princípio da igualdade entre os filhos, preceitua o artigo 227, §6º, da CRFB, que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Esse dispositivo constitucional foi repetido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 20, bem como no artigo 1.596 do Código Civil de 2002. Leciona Gonçalves (2005, p. 08) que o princípio da igualdade entre os filhos não “[...] admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão”.

Por fim, passa-se a analisar o princípio do direito à filiação. Esse encontra base no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que “O

reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

O direito à filiação é personalíssimo, pois somente pode ser exercido pelo filho, e é indisponível e imprescritível porque pode ser exercido a qualquer momento da vida do indivíduo. Segundo Barbosa (2004, p. 232) “a filiação é o núcleo do parentesco, é a relação jurídica que liga o filho a seus pais, e situa-se na parte central do Direito de Família”.

Frisa-se que, com este estudo, não se pretende esgotar o tema dos princípios aplicáveis aos direito de família, e há inúmeros outros. Buscou-se apenas a indicação dos que se consideram mais importantes para o deslinde do presente trabalho.

3.3 A filiação

3.3.1 Formas de constituição

Segundo Wald (2002, p. 195), a filiação é o natural resultado da procriação, sendo os filhos a consequência desse ato. No entanto, pode-se observar que nem sempre a prole e os genitores necessariamente guardarão entre si laços consangüíneos.

Para Paulo Lôbo, *in verbis*:

o estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele (LÔBO, 2004, p. 48).

Venosa (2006, p. 234), a seu turno, leciona que a filiação é um conceito relacional, definida como uma relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas. Referido autor ainda afirma a possibilidade de tal estado ser proveniente de um vínculo biológico ou não, como em casos de adoção.

O ordenamento jurídico atual no Brasil estipula a instituição da filiação, seja ela natural ou civil. A filiação natural respeita o critério biológico, sendo considerados pais os indivíduos que tomam parte no ato de concepção do filho. Já a filiação civil é a instituída pela adoção.

Outra forma de constituição da filiação, revolucionária e contemporânea, é a que se dá através dos filhos concebidos biogeneticamente, ou seja, os filhos concebidos através da utilização de técnicas artificiais de auxílio à reprodução. Tais técnicas, via de regra, são adotadas por casais que têm incompatibilidades genéticas para a reprodução ou que possuem dificuldades para se reproduzir de forma natural.

3.3.2 Presunção

A presunção da filiação é importantíssima para o Direito de Família. De acordo com tal instituto, é presumido filho de um casal o indivíduo que for concebido no período da convivência conjugal. Tão grande sua importância que ela não é afastada nem mesmo pela prova confessa do adultério, nos termos do artigo 1.602 do Código Civil, que preceitua: “Não basta a confissão materna para excluir a paternidade”. Isso porque, segundo Carlos Alberto Bittar (2002, p. 58), “não se pode afirmar, com absoluta certeza, que o filho foi gerado por conta do relacionamento extraconjugal.”

O novel civil, ainda, em seu artigo 1.597, estabelece a presunção da filiação na constância do casamento dos filhos:

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Assim, releva notar que, dentre os casos de presunção da filiação elencados no Código Civil brasileiro, está expressamente incluída a fecundação artificial post mortem, objeto desta monografia.

3.3.3 Efeitos

A filiação origina para os incluídos na relação de parentesco efeitos de naturezas diversas. Tais efeitos dividem-se em duas classes: os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais.

Na ordem pessoal, podem ser citados o estabelecimento de vínculos afetivos entre pai/mãe/filho, a constituição dos impedimentos matrimoniais, o direito ao reconhecimento da filiação através do registro civil e à utilização do nome dos pais, bem como o estabelecimento do poder familiar.

Já na ordem patrimonial, há uma leva de consequências jurídicas que decorrem do vínculo da filiação, sendo as principais a obrigação alimentícia e o direito à herança, tema que será abordado posteriormente, com enfoque no direito sucessório de filhos concebidos por fecundação artificial homóloga *post mortem*.

4 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POS MORTEM

4.1 Principais aspectos da fecundação artificial

Há séculos o homem vem se utilizando de técnicas que resultam na fecundação artificial. Ainda na Idade Média, Constantino realizou estudos baseados na análise dos embriões durante a gravidez da mulher. Porém, somente no século XIX obteve-se o que foi considerado um grande avanço quanto aos estudos da embriologia com a teoria celular de Schleiden e Schwann. (MOORE; PERSAUD, 2000). Esta teoria veio a comprovar como se dá a formação do embrião, seria por uma célula única, o zigoto.

Atualmente, graças aos avanços tecnológicos, é possível, através de imagens tridimensionais, visualizar os embriões, tal se deve graças às pesquisas coordenadas por Wilhelm His ainda no começo do século passado (MOORE; PERSAUD, 2000, p. 3-4).

O primeiro bebê de proveta nasceu na Inglaterra, em 1978, sob a coordenação dos médicos Edwards e Steptoe. A menina chamada Loise Joy Brown, é considerada um marco revolucionário para a medicina moderna (MEIRELLES, 2000, p. 17).

Em 07 de outubro de 1984, nascia no Brasil, o primeiro bebê de proveta, Anna Paula Caldeira, na cidade de Curitiba/Paraná, cuja fertilização fora realizada por Milton Nakamura médico de São Paulo (FADEL, 2004, p. 15).

As pesquisas em torno da reprodução assistida vêm se desenvolvendo ao longo dos anos e tem alcançado cada vez mais o acesso da população, embora seu custo ainda seja consideravelmente elevado.

Passemos então a analisar os principais tipos de fecundação artificial.

4.2 Tipos de fecundação artificial

Diante da esterilidade, algumas pessoas recorrem às técnicas de reprodução assistida para realizarem o sonho de ser pai ou mãe, o que possibilita a procriação de forma natural. Dessa forma, quando nos referimos a fecundação ou fertilização *in vivo*, dizemos aquelas gestações realizadas nas tubas uterinas, já a fecundação ou fertilização *in vitro* são as aquelas realizadas em laboratório.

Para Diniz (2007, p. 497), a fecundação *in vitro* consiste em “[...] uma retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra (que seria a maternidade substituta)”.

Note-se aqui a diferença entre fertilização *in vitro* e inseminação artificial, pois aquela concretiza-se pelo método ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*) enquanto esta processa-se mediante método GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) (DINIZ, 2007, p. 497).

Na opinião de Casabona, tais avanços genéticos podem ser utilizados com finalidades terapêuticas ou não terapêuticas. Quando há uma terapia gênica reprodutiva, o objetivo é a eliminação das células reprodutivas com alguma imperfeição, principalmente quando ocorre uma desordem hereditária, objetivando que não ocorra durante a fertilização a transmissão de qualquer problema genético, o que poderia se estender a várias gerações.

Percebemos então que a terapia gênica, busca a perfeição do ser realizando uma seleção genética; por sua vez, a terapia eugenia tem por objetivo transformar a ciência, realizando uma seleção não natural do ser humano, questionando quanto a sua existência ou não, o que necessita de legislação específica para a tutela de seu desenvolvimento.

É pertinente para este estudo demonstrar as principais técnicas utilizadas com o fim de reprodução assistida, que são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, as quais irão utilizar de dois tipos de material genético, sendo classificadas em homóloga, realizada através da utilização do sêmen do marido ou do companheiro da paciente e heteróloga, que se vale da utilização do sêmen de um doador fértil.

Considera-se artificial a inseminação onde ocorre a fecundação sem intervenção sexual dos genitores, ocorrida num processo mecânico, onde o médico introduz o material masculino no canal genital feminino (GOMES, 2004, p. 341).

Maria Helena Diniz conceitua a ocorrência da inseminação artificial quando:

O casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc (DINIZ, 2007, p. 501-502)

Já a fecundação *in vitro*, que ocorre fora da cavidade uterina, não ocorre a junção dos gametas femininos e masculinos e sim uma estimulação para que haja maturação do óvulo levando à fecundação.

Nos ensinamentos de Leite (1995, p. 153), fecundação artificial seria a técnica de: “[...] introdução do esperma na vagina ou no útero de uma mulher por meios que não a relação sexual”. Técnica usada por casais que não poderiam conceber se não por inseminação artificial, porém, apenas naqueles casos em que o homem não é de todo estéril.

Pode-se subdividir a inseminação artificial em homóloga e heteróloga. Segundo Gomes, (2004, p. 341), a inseminação artificial homóloga, consiste na técnica em que se utiliza o esperma do cônjuge ou companheiro da mulher que pretende a concepção. Nesse caso se fazem necessárias “condições biológicas para procriação, pois a inseminação natural intravaginal, não acontecerá se houver alguma anomalia física tanto do homem como da mulher”.

Eis aqui um ponto chave do presente estudo, visto que, quando se dá a inseminação artificial homóloga *pos mortem*, onde se utiliza o esperma congelado do doador, ou seja, do companheiro que faleceu, surgem acaloradas discussões, pois ao ser gerada a criança, esta já era órfã de pai. (LEITE, 1995, p. 154).

Outra forma de reprodução assistida, esta realizada em laboratório, é a fertilização *in vitro*, técnica artificial de reprodução, que consiste em se coletar material feminino e masculino, depositá-los numa incubadora, onde a fertilização ocorre naturalmente, então aguarda-se a maturação do óvulo prosseguindo a transferência do embrião para o útero da mãe (FERNANDES, 2005, p. 33).

Será homóloga a fertilização em que os componentes genéticos são advindos do casal, e heteróloga, se o material fertilizante for doado por terceiro (sêmen do marido e óvulo de outra mulher; sêmen de terceiro e óvulo da esposa; sêmen e óvulo de estranhos), cujo embrião poderá ser implantado no útero da esposa ou de terceira pessoa (DINIZ, 2007).

Na, Conselho Regional de Medicina, na Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992, prevê que não sejam implantados em uma mulher mais que quatro embriões, para que não ocorra risco de multiparidade (MEIRELLES, 2000, p. 20).

Para o segundo capítulo aprofundar-se-á a questão em relação à possibilidade de realização da fecundação artificial homóloga *post mortem* verificando-se a análise das legislações, constitucional ou infraconstitucional quanto à possibilidade material da utilização dessa técnica através da interpretação do artigo 1597 do Código Civil, diante da perspectiva da inseminação pós morte.

4.3 Fecundação artificial *pos mortem*

A fecundação artificial *pos mortem* pode ocorrer sendo a mulher inseminada artificialmente com o esperma criopreservado de seu marido falecido, ou no caso de se transferir, após a morte do marido, para o útero da mulher, embrião fecundado *in vitro* por meio de fertilização artificial homóloga.

Visando garantir uma futura inseminação artificial, o varão que se encontra em tratamento médico, sofrendo de doença grave, havendo o risco de tornar-se estéril, ou estando prestes a falecer, tem a faculdade de fazer o recolhimento de seu esperma. Nesses casos, a conservação do espermatozóide objetiva uma posterior fecundação artificial homóloga. Nesse sentido, leciona Eduardo de Oliveira Leite:

Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é freqüente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade de esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para a conservação (LEITE, 1995, p. 154)

Para a possibilidade da futura utilização dos gametas ou embriões criopreservados, os cônjuges devem manifestar a vontade de fazê-lo previamente, nos termos da Resolução Normativa 1.358-92, do Conselho Federal de Medicina:

No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Ainda nesse sentido, preceitua Paulo Lôbo:

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 clínica de reprodução assistida 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 da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade (LÔBO, 2003, p. 51)

A prática da reprodução humana assistida *pos mortem* gera importantes questionamentos na área jurídica que devem ser analisados. Segundo Maria Helena Machado:

A primeira pergunta que surge, nesse tipo de fecundação, é a de que, se o nascido através da inseminação com sêmen ou embrião congelado do marido ou companheiro e utilizado após a sua morte, pode ser considerado filho. Portanto, qual é a incidência deste método sobre a relação paternidade e o direito do nascido a sucessão legítima! (MACHADO, 2003, p. 107)

4.3.1 Disciplina no ordenamento jurídico brasileiro

O tema filiação foi alterado pelo Código Civil de 2002, havendo presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial, mesmo que falecido o varão, conforme o disposto no artigo 1.597 do referido diploma, já analisado no presente trabalho.

Observa-se que referido dispositivo legal não dispões sobre qualquer limitação de tempo para a concepção do filho, sendo genuína a filiação de embriões excedentários concebidos a qualquer tempo. Desta feita, gera-se desequilíbrio dentro das relações familiares. Nesse sentido, segundo ASCENSÃO (1994, p. 79): “[...] os filhos poderiam ser mais novos que os bisnetos. Todos os pressupostos de relação de parentesco estariam invertidos. Não teriam com freqüência nenhuma relação com os pais, quando a lei os prevê como os continuadores naturais destes”.

4.3.2 Efeitos no direito sucessório

A maior problemática na utilização de material genético criopreservado visando à reprodução depois da morte do doador decorre das implicações jurídicas no que tange ao direito à sucessão ou não do filho havido através desse método.

Não bastando o problema, há grandes divergências na doutrina pátria sobre esse tema. Para Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão de França (2002) “mesmo resolvida a questão de filiação, surgem dúvidas no campo do direito sucessório, visto que, no caso da inseminação *post mortem*, a criança será concebida após o falecimento de seu pai” (ALDROVANDI; FRANÇA, 2002).

Não há discussão a respeito da possibilidade do reconhecimento da criança concebida por tal método como filha do *de cuius*. Nesse sentido, preceitua Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, in verbis:

Não há hipótese em nosso ordenamento jurídico da impossibilidade de reconhecimento de filiação. A realidade social, muitas vezes, impede materialmente tal reconhecimento, contudo, juridicamente, sempre há a possibilidade de obter-se tal desiderato. Não é o fato da pré-morte de um dos genitores que vai afastar aprioristicamente o direito do nascido, mediante inseminação artificial póstuma, de ter consignado em sua certidão originária o nome dos pais, embora eventualmente um já esteja falecido (ALBUQUEQUE FILHO, 2005, p. 8)

No entanto, a polêmica surge no que tange à sucessão de tal filho. Sendo utilizados gametas do genitor já falecido, células essas que não são reconhecidas como nascituro pelo ordenamento jurídico, por não estarem no momento da morte do autor da herança em gestação, nos termos do artigo 2º do Código Civil, não se pode dizer que o direito à herança desse filho esteja assegurado pela legislação em vigor, pelo menos não de maneira expressa.

Há ainda a discussão no que tange à criança gerada através do método em estudo após muitos anos do falecimento do autor da herança, lembrando-se que o inciso III do artigo 1.597 não estabelece o prazo para que a concepção ocorra. Dessa maneira, em não havendo norma jurídica que ordene especificamente o tema, o ato poderá causar o choque entre princípios, como o da segurança jurídica, no caso de

partilha já determinada, e o da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos, proteção integral e melhor interesse da criança, entre outros.

Assim, certo é que a situação não resta pacificada pela doutrina pátria, destacando-se nesse trabalho três correntes que procuram dar uma solução ao impasse. A primeira delas é totalmente contra a aplicação das técnicas para a reprodução artificial quando um dos genitores já é falecido. A segunda admite a aplicação das técnicas, mas não reconhece o direito sucessório da prole assim concebida. Por fim, a terceira preceitua que a criança terá direito sucessório, mas apenas limitado aos bens ainda não partilhados quando de seu nascimento (WIDER, 2007, p. 74).

Vê-se que nenhuma dessas teorias responde de maneira efetiva o problema aventado. Isso porque a Constituição da República, em seu artigo 227, § 6º, seguida pelo artigo 1.596 do Código Civil, veda qualquer forma de discriminação no que concerne à origem da filiação. Nesse ponto, memoráveis as palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Se na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição Federal (GONÇALVES, 2007, p. 58)

Assim, vê-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há norma proibitiva da inseminação *pos mortem*, diferentemente do que acontece em países como Alemanha e Suécia, tampouco existe lei regulando de forma efetiva os efeitos da aplicação da técnica (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 5).

Para resolver o impasse, diversos doutrinadores – os que reconhecem o direito à sucessão do filho concebido através de fertilização artificial *pos mortem* – indicam dispositivos legais que podem ser aplicados analogicamente ao caso concreto.

Observando-se o artigo 1.799 do Código Civil, que dispõe que “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”, vê-se através de interpretação extensiva a possibilidade de recebimento da herança quando da concepção *pos mortem* nos casos em que o autor da herança deixa em testamento expressamente consignada essa vontade. A necessidade de a herança ser testamentária é proveniente da imprescindibilidade da declaração inequívoca da vontade do genitor de que seus gametas sejam utilizados futuramente para concepção de uma criança.

No que tange à discussão a respeito do prazo a que se subordina tal procedimento para que surta efeitos no plano sucessório, a doutrina vem se manifestando no sentido de utilizar, por analogia, estipular o prazo bienal do artigo 1.800, §4º, do Código Civil, in verbis:

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.
[...]
§ 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.

Ocorrendo a concepção dentro do lapso temporal de dois anos, contados da abertura da sucessão, um curador ficará com o encargo de administrar os bens até que o nascimento da criança concebida artificialmente, e será feita a partilha dos demais bens entre os herdeiros existentes. Nascendo o herdeiro testamentário, perceberá o legado com todos os rendimentos desde a morte do testador (MOREIRA FILHO, 2007, p. 97).

Sobre a aplicação desses dispositivos legais no caso de fertilização artificial *pos mortem*, é decisivo o ensinamento de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

É necessário o consentimento expresso do autor da herança, manifestado em vida, através de ato autêntico ou por testamento [...] Objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação *post mortem* entendemos que deverá o falecido haver estabelecido, por documento escrito ou através de testamento, prazo não superior a dois anos para realização do procedimento e concepção de sua prole eventual, caso contrário, há de se aplicar, por analogia, o prazo máximo de dois anos, previsto para concepção da prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.799, inciso I, c/c artigo 1.800, § 4º, do Código Civil (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 21-23).

Ainda, justificando a aplicação de tais artigos do novel civil a fim de se garantir o direito à sucessão de filhos havidos por fecundação artificial *pos mortem*, referido autor aduz que:

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 23)

Assim, mesmo na presença de omissão legislativa, tem-se que, com fundamento nos princípios norteadores do direito brasileiro, é possível se garantir o direito sucessório dos filhos havidos por inseminação artificial *pos mortem*, apesar das divergências doutrinárias acerca do tema.

5 CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido objetivou analisar as implicações das técnicas de reprodução artificial humana, especialmente no que concerne à fecundação artificial *pos mortem*.

Analisaram-se inicialmente os institutos da bioética e do biodireito, conceituando-se tais ciências, abordando-se seus princípios e aplicações no mundo prático. Tais ciências se revelaram basilares para o entendimento das atuais técnicas científicas, uma vez que têm o papel de regulá-las, para manter-lhes dentro dos padrões éticos, morais e legais esperados pela sociedade.

Passou-se, assim, ao estudo da entidade familiar de forma geral, sua evolução através dos tempos, bem como os princípios constitucionais que regulam toda a legislação ordinária, bem como sua aplicação, a seu respeito. Chegou-se, aqui, ao instituto da filiação propriamente dito, sendo abordadas suas formas de constituição, relevante aqui por ser uma delas a artificialmente concebida, os casos em que é

presumida, bem como seus efeitos, que podem ser de ordem pessoal ou patrimonial.

Nesse ponto, delimitou-se realmente o problema, passando-se à análise das técnicas de fecundação artificial, estudando-se seus tipos e chegando-se ao problema aventado pelo presente trabalho, qual seja, a fecundação artificial *pos mortem*, e os efeitos jurídico-patrimoniais que ela pode ocasionar.

Assim esta, mesmo sem qualquer normatização legal expressa, deve gerar o direito sucessório ao filho, uma vez que a Constituição da República, em seu artigo 227, §6º, institui o princípio a igualdade entre os filhos, não sendo admitida nenhuma norma infraconstitucional que contrarie os direitos de qualquer tipo de filho, não importando a forma da constituição da filiação.

A doutrina adotada se posiciona pela possibilidade da concessão de direito sucessório ao filho havido por inseminação artificial *pos mortem*, respeitados alguns requisitos abordados no presente trabalho, como a vontade expressa do *de cujus* de que fosse concebido o filho, o lapso temporal da concepção não superior a dois anos, para não se ofender o princípio da segurança jurídica.

Assim, chega-se ao final do presente trabalho, restando demonstrada a possibilidade da fecundação artificial *pos mortem* no direito brasileiro, bem como seus efeitos no que tange ao direito sucessório do filho assim havido.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 13. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.

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

ALBANO, Lílian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CFYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibdfam.org.br%2Fanais_download.php%3Fa%3D8&ei=ctngT-TgFlj68gSbndiVDQ&usg=AFQjCNEAxXNqSn3A7TBFTK1OpVduhF2uTg&sig2=taZhZBWCgXkJJ6_ebsXTFw>. Acesso em: 2 jun. 2012.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 328, out. 1994.

BARBOSA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo. **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 3 jun. 2012.

BRASIL. **Resolução 1.358-92**. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 abr. 2012.

CAMPOS, Maria Izabel de Oliveira. **Fecundação artificial *pos mortem* e suas limitações diante do direito sucessório e princípios constitucionais**. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Maria%20Izabel%20de%20Oliveira%20Campos.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

CARDOSO, Laura Fernanda. **O direito sucessório nas fecundações artificiais *post mortem***. Disponível em: <<http://www.unochapeco.edu.br/static/data/porta/downloads/934.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

CATÃO, Marconi Ô. **Biodireito, transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: WVC, 2004.

CLOTET, Joaquim. Bioética como ética aplicada e genética. **Revista Bioética**. São Paulo, n. 2. 1997.

COSTA, Demian Diniz. **Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FADEL, Evandro. **Primeiro bebê de proveta do Brasil completa vinte anos**. Disponível em: <<http://www.reporternews.com.br/noticia.php?cod=42975>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

FERNANDES, Thyco Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CGcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.ibdfam.org.br%2Fanais_download.php%3Fa%3D224&ei=TE3oT7nEM4GE8ATnz9itAQ&usq=AFQjCNEqT-bqSKDTVNLhwRM_GUzr1kNo-Q&sig2=pvQ9Ehan1FVtHltLNR_h2g>. Acesso em: 3 jun. 2012.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**. 20 nov. 1959. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_Universal_dos_Direitos_da_Crian%C3%A7a>. Acesso em: 3 jun. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

GOMES, Renata Raupp. **A relevância da bioética na construção do novo paradigma da filiação na ordem jurídica nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. (. Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito).

HOSSNE, William Saad. **Bioética: princípios ou referenciais?** Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/mundo_saude/41/20_bioetica_principio.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado: direito de família**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

LUZ, Valdemar P. da. **Filiação**. Disponível em: <<http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04/filiacao.html>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MOORE, PERSAUD. **Embriologia básica**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: o direito sucessório do embrião humano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MOTA, Sílvia. O biodireito como novo ramo do direito civil. **Dissertar**: revista da associação de docentes da Estácio de Sá, Rio de Janeiro, ano 2, n.4, p. 49-51, jan./jul. 2003.

OLIVEIRA, Fátima de. **Bioética: uma face da cidadania**. São Paulo: Moderna, 1997.

PARISE, Patrícia Spagnolo. **O que é biodireito?** Disponível em: <<http://www.faculdadeobjetivo.com.br/arquivos/ART4.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2005.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente.html>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo a bioética e a lei**. São Paulo: Ícone, 1998.

_____. **Biodireito**. Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Mônica Pereira dos. **O direito da filiação**: os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação da reprodução assistida heteróloga na vigência do casamento e após a morte do cônjuge varão. Disponível em: <http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/1_con_monica.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Curso de direito civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2005.

WALACHESK, Myrian Carla Cardoso Santos. **Inseminação *post mortem***. Disponível em: <<http://amigonerd.net/trabalho/46444-monografia-inseminacao-post-mortem>>. Acesso em: 3 jun. 2012.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da biotecnologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.