

A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SEUS ASPECTOS SUCESSÓRIOS

*Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira**

*Zilda Bueno dos Santos Silva***

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade abordar o tema da reprodução humana artificial *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório.

Com o objetivo de analisar as possibilidades e as técnicas de implantação do óvulo fecundado artificialmente para a realização da reprodução artificial, ocasionando o nascimento da criança, procedimento este que pode ser realizado em vida ou após a morte do doador. Diante disso, a criança ganha o direito a filiação até a sucessão *post mortem*.

O trabalho foi desenvolvido com pesquisas bibliográficas, através de livros, doutrinas, artigos, revistas e jurisprudências no assunto em questão.

O presente trabalho está dividido em vários capítulos, e cada um deles tem o propósito de demonstrar as técnicas de reprodução humana assistida,

*Advogada e procuradora jurídica da Fazenda Pública Municipal de Bauru. Professora de Direito Civil das Faculdades Integradas de Bauru. Especialista em Direito Civil e em Direito Municipal e Mestre em Direito Constitucional.

**Aluna da graduação em Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

sua evolução e aperfeiçoamento, assim como o reconhecimento que esta técnica vem ganhando a cada dia no decorrer do tempo e principalmente pela possibilidade da utilização da reprodução humana assistida *post mortem*.

No primeiro momento serão abordados o conceito, evolução da técnica de reprodução humana assistida, as técnicas de criopreservação do material genético e embriões, a reprodução humana *post mortem*, o consentimento em vida, a importância das resoluções do conselho federal de medicina, sem deixar de abordar a bioética e o Biodireito.

Em um segundo momento abordaremos os princípios constitucionais aplicáveis a reprodução humana assistida, pois, na ausência de uma lei específica, o magistrado não poderá deixar sem solução a lide em questão, apesar de termos como base as resoluções do Conselho Federal de Medicina e o provimento do CNJ, é na Constituição Federal que se busca a melhor solução para o caso, sendo predominante a dignidade da pessoa humana.

No último tópico abordaremos a questão do direito sucessório, assunto este que vem causando polêmica, pois não há um consenso entre os doutrinadores. Nos casos em que existam filhos nascidos antes da aplicação da técnica de reprodução humana assistida *post mortem*, como fica o direito à sucessão do concebido *post mortem*?

Ao final analisaremos a questão específica da fertilização *post mortem*, os reflexos que esta técnica trará para o direito sucessório e como solucionar os casos para que não seja prejudicado o direito dos demais herdeiros.

2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

2.1 CONCEITO

A reprodução humana assistida é um termo médico utilizado para auxiliar casais que não conseguem ser pais ou mães através dos meios convencionais. É um procedimento médico que, através de meios artificiais, ou seja, sem a necessidade de relação sexual, unem o espermatozoide ao óvulo, surgindo um embrião que, posteriormente, é transferido para o útero da receptora para gestar e evoluir naturalmente.

Tal técnica é utilizada para amenizar os problemas relacionados à infertilidade e esterilidade, sendo também uma opção muito utilizada por casais homoafetivos que desejam ter filhos.

Esta técnica de reprodução é o resultado de anos e anos de pesquisas científicas, depois de inúmeros fracassos, rompendo a barreira do impossível e permitindo a muitos casais, que por motivos de infertilidade ou esterilidade, realizar o sonho de gerarem um filho com seu próprio material genético, ou seja, unindo o óvulo e o espermatozoide do próprio casal (reprodução artificial homóloga) ou utilizando o óvulo da esposa e o espermatozoide de um doador anônimo ou óvulo de doadora anônima e esperma do marido (reprodução artificial heteróloga). A ciência conseguiu permitir o inimaginável, conforme a melhor doutrina.

[...]casais inférteis que desejam realizar o projeto parental que lhes foi negado pela natureza, a medicina moderna mergulha nas possibilidades extras proporcionadas pelas técnicas de reprodução assistida. Desvelando segredos preciosos ligados à anatomia e à fisiologia das células germinativas humanas, inaugura o conhecimento do que outrora foi uma face obscura da vida. (VASCONCELOS, 2006, p.12).

No mesmo sentido há entendimento sobre a técnica.

[...] e se o tratamento da esterilidade não for bem-sucedido a reprodução artificial humana tem sido uma alternativa para contornar a impossibilidade de geração de vida pela relação sexual, trazendo, portanto, novas esperanças para aqueles casais sem nenhuma solução para superarem a barreira da infertilidade. A inseminação artificial se produz à margem da relação sexual e busca a fecundação, surgida da união do espermatozoide e do óvulo sem a existência do ato sexual. (MADALENO, 2013, p.522).

No tocante a liberdade de escolher sobre o procedimento, vemos brilhante lição:

A liberdade de escolha do indivíduo, no tocante à reprodução, diz respeito ao como, ao quanto e ao quando exercitar tal função, um direito pessoal que prescinde dos instrumentos ou das formas utilizadas para a sua efetiva realização. “A fecundação assistida não é outro senão um novo modo, por meio do qual as pessoas podem reproduzir-se, uma nova forma de reprodução humana” (QUEIROZ, 2015, p.76).

Da mesma forma que a ciência evolui rapidamente, e do Direito deve acompanhar esses avanços, questionamentos surgem a todo instante, para o que recomenda-se buscar no passado os passos trilhados pelos cientistas.

2.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida começaram a ser experimentadas em animais. Apesar de não se ter comprovação, segundo consta começou com os árabes que tentavam reproduzir cavalos de raça, por meios artificiais. No entanto, o primeiro fato comprovado foi do sacerdote italiano Lazaro Sapallanzani, que obteve êxito, após a fecundação de uma cadela e o posterior nascimento de três crias por inseminação artificial (OLIVEIRA, 2000).

Após as experiências em animais e com a descoberta de como ocorria a fecundação, as técnicas passaram a ser praticadas em humanos. O primeiro caso de inseminação artificial humana se deu em 1.791, praticada pelo médico inglês John Hunter. Posteriormente, no ano de 1.866 a primeira inoculação do sêmen no útero foi levada a efeito por Sims, com êxito para a gravidez, porém sem chegar ao final (OLIVEIRA, 2000).

Observa-se que as experiências prosseguiram ao longo da história.

Nos séculos XVIII e XIX foram descritas várias experiências de inseminação artificial, que aos olhos do século XXI parecem extremamente simples. No entanto, as experiências de fertilização extracorpórea e a transferência de embriões em animais e inseminações artificiais em humanos são do século XIX. Há relatos de experiências bem-sucedidas de inseminação artificial em uma mulher cujo marido sofria de baixa mobilidade dos espermatozoides (ROTANIA,2003, p.10).

Ao longo dos séculos, o homem foi aprimorando seu conhecimento e adequando suas técnicas. Das tentativas frustradas ao sucesso com suas experiências em animais, com êxito na reprodução humana e a criação do primeiro banco de sêmen congelado nos Estados Unidos em 1.953.

Contudo, o avanço e a técnica de congelamento do sêmen, só vieram muito tempo depois.

O verdadeiro impulso da ciência no avanço da inseminação artificial surgiu década de 1940, com o congelamento do sêmen, porque até então ela só era possível com a convocação do doador um pouco antes da coleta fresca do esperma e sua imediata introdução no colo uterino (MADALENO, 2013, p.521,522)

Em 1953, foi realizada nos Estados Unidos a primeira fecundação por inseminação artificial com espermatozoide congelado (ROTANIA, 2003). Com o aperfeiçoamento de suas técnicas a Fertilização In Vitro (FIV) – união do óvulo e do espermatozoide fora do corpo, na proveta, ocorreu em 20 de Julho de 1978, quando na Inglaterra nasce o primeiro bebê de proveta do mundo: *Loise Joy Brown*, após quinze anos de pesquisas de Steptoe e Edwards. No mesmo ano, nasce, na Índia, o segundo bebê de proveta, fruto das pesquisas do Dr. Saroj Kanti Bhattacharya. (OLIVEIRA, 2000).

Em 1984, a técnica de fertilização *in vitro* chega ao Brasil liderada pelo médico Milton Nakamura. (ROTANIA, 2003).

Nessa explosão da ciência e da tecnologia, o mundo, em meados dos anos 80, contabilizava mais de 100 casos de fertilização *in vitro*. A sociedade começa a se preocupar com a possibilidade de que tais técnicas pudessem trazer conflitos, necessitando de uma regulamentação para tais procedimentos. Este avanço trouxe questionamentos de ordem, jurídica, social, ética, moral e principalmente religiosa, vez que a Igreja Católica repudia tais avanços. “A Igreja Católica não aceita a evolução tecnológica da reprodução assistida e condena frontalmente todos os meios de fecundação antinaturais” (MADALENO, 2013, p.522).

No tocante, as leis brasileiras, até hoje há lacunas quanto a regulamentação sobre as técnicas de reprodução humana assistida, sendo utilizadas como norteadoras as Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

2.3 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As principais técnicas de reprodução humana assistidas podem ser divididas em: Inseminação Artificial (IA), Fertilização *in vitro* (FIV) e as chamadas mães de substituição.

Inseminação Artificial (IA) representa a união do sêmen ao óvulo sem a relação sexual do casal, é o ato de introduzir o sêmen dentro do útero da mulher, deixando o corpo realizar naturalmente a fertilização, considerada uma das técnicas mais simples de ser utilizada, tendo o mínimo de intervenção do médico. Quando o sêmen utilizado é do próprio marido diz-se que a inseminação artificial é homóloga. Quando o sêmen é de doador anônimo, ou seja, de terceira pessoa, diz-se que a inseminação artificial é heteróloga (ROTANIA, 2003).

Na Fertilização *in vitro*, a mulher é submetida ao acompanhamento médico e com usos de hormônios os ovários são estimulados a produzir mais óvulos. Estes óvulos são colhidos e inseminados, posteriormente, com o sêmen do companheiro ou de um doador. É uma fecundação extracorpórea, porque ocorre fora do corpo da mulher. Após a fecundação, o zigoto é introduzido no útero da mulher e a natureza faz a sua parte. Aliado a esse procedimento, existe a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), que é um procedimento que utiliza uma microagulha para retirar um único espermatozoide e o injeta diretamente no óvulo, com maior probabilidade de fecundação.

A mãe de substituição é a prática de uma mulher ceder o útero para gerar o filho de outra. No Brasil esta prática só pode ser de forma gratuita e deve estar no seio da família, ou seja, ocorre entre mãe e filha ou irmãs (ROTANIA, 2003). As mães de substituição são muito utilizadas para gerarem filhos de casais homoafetivos.

2.4 CRIOPRESERVAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO E EMBRIÕES

A técnica de criopreservação consiste no congelamento do material genético que será utilizado posteriormente.

A criopreservação, portanto, consiste no congelamento de material que será utilizado na procriação, medicamente assistida e é entendida como técnica complementar, podendo ser realizada tanto em material genético, espermatozoide e óvulos, quanto embriões, oriundos da fusão dos gametas (QUEIROZ, 2015, p.92).

Esta técnica é um grande avanço para a reprodução humana assistida. No processo da colheita dos óvulos e sua fertilização, são fecundados mais de um óvulo, gerando vários embriões e como a orientação do Conselho Federal de Medicina determina que sejam implantados no máximo 4 embriões a depender da idade da paciente, os excedentes podem ser armazenados para uma nova tentativa, pois se sabe que nem sempre o sucesso ocorre de imediato, sendo necessários 3 ou mais tentativas de implantação até se obter a gravidez, em geral.

Outra vantagem da criopreservação está no armazenamento do sêmen, que por motivos de tratamento de saúde podem vir a causar a esterilidade. Essa é uma orientação dada pacientes que ainda não tem filhos ou que pretendem tê-los, em razão de muitos tratamentos terem como consequência a esterilidade. Os óvulos também podem ser armazenados, porém, é um procedimento mais complexo que os demais. (QUEIROZ, 2015).

A técnica de armazenamento do sêmen consiste em misturá-lo a uma substância glicerizada que formará uma capa protetora e mergulhado vagarosamente em nitrogênio líquido a uma temperatura de -196°C , ficando congelado por muitos anos, até que seu titular solicite sua retirada para utilização. Porém, mesmo com toda a proteção para a criopreservação podem ocorrer perdas da vitalidade dos espermatozoides.

O líquido seminal é diluído com o crioprotetor, para que este proteja as características de motilidade e morfologia dos espermatozoides. Mesmo com o desenvolvimento de técnicas bastante sofisticadas de congelamento e descongelamento do sêmen, os espermatozoides sempre perdem parte de sua vitalidade neste processo, em particular, a sua motilidade. (QUEIROZ, 2015, p.158).

O descongelamento do sêmen ocorre à temperatura ambiente ou aquecida em banho-maria a 38°C . Após o descongelamento, seleciona-se os que mantiverem melhores condições para serem utilizados na reprodução humana medicamente assistida.

Em relação ao armazenamento dos óvulos, esta técnica é muito complexa, pois o óvulo tem um preparo muito diferenciado do sêmen, exigindo uma estimulação da ovulação.

A criopreservação de óvulos envolve a preparação anterior ao ciclo ovulatório, o que se faz por meio da indução medicamentosa à hiperovulação, a fim de que seja possível a produção de vários óvulos e, não de apenas um, conforme ocorre em sua forma espontânea. (QUEIROZ, 2015, p.95).

Para que produza o máximo de óvulos possíveis, após o período de estimulação dos ovários, que dura entre 10 e 12 dias, injeta-se o hormônio HCG para amadurecer os folículos. Após 36 horas aspiram-se os folículos para se extrair os óvulos. Os óvulos são acrescentados a um líquido crioprotetor congelados a uma temperatura de -198°C , num tanque de nitrogênio líquido.

Acredita-se que, durante 10 a 12 anos estes não perdem sua capacidade geracional. No entanto, a técnica de congelamento de óvulos está em processo de aprimoramento, mas sabe-se que ao redor do mundo já nasceram cerca de 100 crianças fruto dessa técnica.

O congelamento dos embriões consiste em alcançar um equilíbrio gradativo entre o embrião e líquido crioprotetor, minimizando os efeitos tóxicos, tudo em temperatura ambiente. Após os embriões são acondicionados em ampolas, identificados e colocados em um *freezer* biológico para resfriar até -40°C, depois os recipientes são mergulhados em botijões de nitrogênio líquido, que ficam preservados a -196°C. Tal técnica permite que casais obtenham mais de uma gravidez com transferência embrionária de forma menos traumática.

Após o descongelamento, os embriões são colocados em um meio de cultura, um dia antes de sua transferência, para que restabeleça o seu natural processo de multiplicação celular e desenvolvimento (QUEIROZ, 2015).

2.5 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A técnica de reprodução humana *post mortem* consiste em utilizar o material genético criopreservado do casal, após a morte de um deles, ou morte de ambos os genitores, podendo ser utilizados o sêmen, óvulo ou os embriões.

No caso de o falecimento ser do marido, a esposa pode inseminar o material genético do marido morto, ou em caso de falecimento da esposa, o marido através de uma mãe de substituição gerar o material genético da esposa falecida.

Com o avanço da engenharia genética, e as técnicas de criopreservação de embriões, óvulos e bancos de sêmen, surge a possibilidade de poder gerar uma criança mesmo após a morte de seus pais, basta que estes tenham se preocupado em depositar seus materiais genéticos em uma clínica especializada em tais procedimentos.

Algo que parecia assustador, hoje é uma das técnicas que podem ser utilizadas para dar continuidade ao tão sonhado e almejado plano familiar. Porém, na contramão deste avanço está nosso ordenamento jurídico, que não acompanhou o progresso da ciência e colocou a família e principalmente a criança no meio desta polêmica, vez que não se tem muita segurança jurídica em relação ao futuro da criança.

As consequências, psicológicas e afetivas a longo prazo, ao privar a criança de nascer sem a figura paterna ou materna, ainda são desconhecidas, pois a ciência ainda se desenvolve nesse aspecto. Por outro lado, nosso sistema legislativo costuma ser lento e, o projeto de Lei n.1184/2003 de autoria do senador Lúcio Alcantara que regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida teve outros 6 projetos apensados a ele e somente em 2015 foi recebido e deferido; mas, até hoje não foi a plenário. Quando, e se ele for para votação já estará desatualizado frente a velocidade do avanço da ciência. Embora não haja lei há no Provimento nº 63/2017, conforme elencado:

Art. 17. Será indispensável para fins de registro e emissão de certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (PROVIMENTO DE Nº63/2017 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA)

O primeiro caso de reprodução humana *post mortem*, ocorreu na França em 1.984, e ficou conhecido como *Affair Parpalaix*.

O caso aconteceu na França, em 1984, quando a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix, e o casal começou a manter um relacionamento amoroso. Semanas se transcorreram e Alain descobriu que estava com câncer nos testículos e que a doença era incurável. O amor vivido pelo casal foi tão intenso que criou em Alain o desejo de deixar herdeiros, mas a doença e o tratamento de quimioterapia, fatalmente o conduziria a infertilidade. Então, Alain tomou a decisão de procurar um banco de sêmen e deixou lá depositado seu esperma, para futuro uso. A doença avançava assustadoramente e o casal decidiu se casar, mas apenas dois dias após a cerimônia Alain vem a falecer. Num desejo incontido de ter um filho, alguns meses após Corine procurou o banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial. O banco de sêmen por sua vez se recusou a fazer a inseminação artificial, alegando falta de previsão legal, e começou então uma enorme disputa judicial. A questão jurídica versava pela existência de contrato de depósito que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma. O banco de sêmen alegava que não havia um pacto de entrega, uma vez que o material de pessoa morta não é comerciável e que na França não havia lei autorizadora da inseminação artificial post mortem. Finda a batalha, o tribunal francês de Créteil decidiu por condenar o banco de sêmen. Determinou

que o esperma fosse enviado ao médico designado pela viúva, sob pena de sanção pecuniária. Devido a demora na solução da causa, a inseminação artificial não prosperou, uma vez que os espermatozoides já não estavam mais potencializados para a fecundação. O caso é considerado com um marco histórico, a partir dele vários países começaram a discutir sobre o destino do material coletado para a inseminação artificial, em especial após a morte do doador. (PINTO, 2006, p.16)

O caso registrado na França foi um marco para a discussão acerca do polêmico tema, afinal ninguém estava preparado para tal avanço da ciência, após essa batalha judicial alguns países começaram a criar legislações e regras para que tais procedimentos fossem inseridos em seus ordenamentos jurídicos, fato este que até hoje deixa a desejar em nosso país.

As legislações sobre a reprodução humana assistida tratam a conduta das formas mais variadas. Na França, por exemplo, é vetada a inseminação *post mortem*, por força do artigo 8, da Lei 654/94. Na Espanha, é permitida desde que realizada durante os seis meses posteriores à morte do titular do material genético e desde que o marido tenha dado o seu consentimento expresso, em ato público ou em testamento, por determinação do artigo 9, da Lei 35/88. Na Itália, o artigo 12, 2 da Lei 40, promulgada em março de 2004, proíbe expressamente a procriação medicamente assistida *post mortem*. A Lei da Grã-Bretanha, de 1990, consente a fecundação artificial com o sêmen do marido defunto, uma prática iniciada pelas solicitações dos militares chamados a combater na guerra das Ilhas Falkland, em 1983, para assegurarem descendência genética, mesmo no caso de sua morte na batalha. Na Áustria, não é consentida a inseminação *post mortem*. A Alemanha promulgou, em 1990, a lei que não admite a inseminação *post mortem*. Nos Estados Unidos, com algumas diferenças de estado para estado, de maneira geral a inseminação *post mortem* é admitida, tendo em vista que a restituição do sêmen depois da morte do marido é acolhida, sendo o material genético considerado propriedade, que é transferida conforme a intenção expressa pelo defunto em seu testamento. (QUEIROZ, 2015 p. 122-123).

Nosso legislador se manteve ausente diante do avanço da biotecnologia, no sentido de se adequar a legislação brasileira. O país possui a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que na prática é mais um manual de conduta ética dentre os profissionais da saúde.

O tema é muito complexo, não estando apenas restrito ao fato de poder ou não poder gerar um filho através da inseminação artificial *post mortem*, vai

muito além disto. Essa conquista científica não poderá ficar sem limites jurídicos, visto que, se por um lado solucionam a esterilidade, por outro acarretam graves problemas jurídicos, tendo a consciência de que o jurista não poderá quedar-se inerte ante a essa realidade (DINIZ, 2009).

Fala-se de vida, direitos e garantias da pessoa humana. Se por um lado se fala no direito de gerar um filho, do outro precisa saber quais serão as consequências jurídicas deste feito, como aqueles relacionados aos direitos que a criança terá em relação aos filhos já existentes antes da morte do genitor.

Seguindo sobre o direito de poder gerar um filho após a morte de um dos pais, ou de ambos, o mundo noticiou o nascimento de uma criança na China quatro anos após a morte de ambos genitores. Conforme matéria publicada em edição da Revista Isto É.

Um bebê nasceu na China quatro anos após a morte de seus pais, graças a um embrião fertilizado por eles e implantado em uma barriga de aluguel a pedido dos avós, informou a imprensa local. O menino, chamado “Tiantian” (“Doce-doce” em chinês), nasceu em 9 de dezembro, anunciou esta semana jornal Xingjingbao. “Ele sorri o tempo todo, tem os olhos de sua mãe, mas se parece mais com o pai”, declarou uma das duas avós da criança. Seus pais, Shen Jie e sua esposa Liu Xi, faziam um tratamento contra a infertilidade quando morreram em 2013 em um acidente de trânsito. (REVISTA ISTO É, 2018)

Pelo fato da China exercer o controle de natalidade, impondo a quantidade de filhos que cada família pode ter. No caso, os avós perderiam a única chance de verem sua descendência, motivo pelo qual foi autorizada a utilização da técnica.

Os quatro avós travaram uma longa batalha legal para obter os embriões fertilizados em um hospital em um hospital de Nanquim, no leste da China. Como o recurso a uma barriga de aluguel é ilegal na China, tiveram que ir ao Laos para encontrar uma mãe. “Primeiro, tínhamos pensado em um transporte aéreo, mas as companhias aéreas se recusaram a transportar o frasco de nitrogênio líquido no qual os quatro embriões estavam”, contou ao jornal um especialista em gravidez que ajudou as famílias. Os embriões foram então levados para o Laos por estrada. Depois, a barriga de aluguel do Laos viajou para a China para dar à luz. O bebê ficou duas semanas no hospital, o tempo necessário para que os avós passassem por testes de DNA para comprovar sua filiação e nacionalidade. O nascimento de Tiantian desencadeou um debate nas redes sociais chinesas, em que muitos usuários pediram para legalizar a maternidade de aluguel, lembrando o drama vivi-

do pelos numerosos pais de filhos únicos quando estes morrem.(REVISTA ISTO É, 2018).

O drama da família chinesa levou a manifestação da sociedade para permitir a legalização das mães de substituição, pois a perda de filhos é comum na China e quando não se tem influências e condições financeiras toda a descendência é comprometida.

É uma família rica e com relações. Mas há muitas pessoas que perderam seu único filho. O Estado deve ajudá-las por terem obedecido ao controle de natalidade”, sugeriu um internauta na rede social Weibo. Desde 2016, todos os chineses têm o direito de ter dois filhos depois de três décadas de política de filho único. O avô do bebê declarou ao Xinjingbao que esperaria que seu neto crescesse para explicar o que aconteceu com seus pais. “Enquanto isso, nós lhe diremos que moram no exterior. (REVISTA ISTO É, 2018)

O fato ocorrido na China chama ainda mais a atenção sobre como lidar com uma criança nascida no *post mortem* de seus pais.

2.6 CONSENTIMENTO EM VIDA

O consentimento em vida pode ocorrer pela forma escrita, com autorização do marido, que tenha o intuito da reprodução com sua esposa, ou expresso no próprio testamento ou ainda por escritura pública.

O Código Civil de 2002, não estabelece em seus artigos, de maneira clara, que o cônjuge masculino tenha de deixar expresso o consentimento durante sua vida para ocorrer a reprodução artificial após sua morte.

É bem verdade, que o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, admite textualmente que pode ocorrer a fecundação após a morte, como se vê.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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

Assim, nota-se que ocorre a falta de carência legislativa sobre o assunto, a qual é suprida pelo Enunciado 106 da Jornada I do Direito Civil, que esclarece:

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

Percebe-se pelo enunciado acima que a regra é que a mulher apresente estar na condição de viúva do marido falecido para ocorrer a reprodução. Entretanto, o simples fato que o marido tenha armazenado o material genético, leva a presumir que tenha a manifestação de vontade para ocorrer à reprodução.

Mas, existe a possibilidade do falecido não ter deixado escrito por nenhum meio, podendo-se aplicar o princípio da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, para que haja a reprodução artificial, e sejam reconhecidos todos direitos que o filho possui.

Como há ausência de legislação sobre o tema, novamente socorre-se das normativas do Conselho Federal de Medicina que determina a todos os envolvidos nos procedimentos de reprodução humana assistida, declarem sua vontade. Estes formulários são meios para que as clínicas e os profissionais se resguardem de futuras contestações e ações judiciais.

2.7 A ORIGEM E AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

O Conselho Federal de Medicina é um órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica.

Criado em 1951, inicialmente limitava-se ao registro profissional do médico e a aplicabilidade das sanções disciplinares do Código de ética (ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA, 1951)

Atualmente o papel do Conselho Federal de Medicina é político e muito importante na sociedade, defendendo a saúde da população e a classe médica, buscando se atualizar frente aos avanços da ciência e tecnologia. Tanto que em 1992 editou a Resolução sob nº 1358/1992 sobre a reprodução humana assistida, que permaneceu em vigor por 18 anos, sendo revogada pela de n. 1957/2010. As alterações nas resoluções ocorrem de tempos em tempos, para sempre direcionar o profissional ao uso de determinadas técnicas mais avançadas.

Ao logo dos tempos tivemos cinco resoluções, da primeira 1358/1992 a atual 2168/2017, foram muitas atualizações. Na primeira, não se cogitava a reprodução artificial *post mortem*, na atual ela vem elencada, contemplando também a técnica das mães de substituição. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

2.8 BIOÉTICA E BIODIREITO

Para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade”.(DINIZ, 2009, p.17).

Diante de tantos avanços da ciência a bioética e o biodireito devem andar de mão dadas. A bioética cuida da ética na biomedicina e o biodireito cuida dos desafios da biomedicina, sempre atentos a não permitir que tais avanços, com intuito de melhorar a vida humana, causem transtornos e abusos, como explica Maria Helena Diniz.

[...] Quanto à criação de vida humana em laboratório, é preciso muita cautela, por estar em jogo a dignidade do homem; por haver coisificação do ser humano; por atingir o embrião psicologicamente, deixando marcas indeléveis, trazendo traumas, reações de ordem psíquica e por possibilitar a degeneração da espécie humana, ante a possibilidade, no futuro, de relações incestuosas com o doador do material genético ou com sua prole etc. (DINIZ, 2009, p.602).

A bioética está pautada em 4 princípios basilares que são: (I) princípio da autonomia que consiste na livre decisão do paciente, sendo este substituído quando for incapaz ou sofrer de alguma deficiência mental; (II) princípio da beneficência consiste em um tratamento humano buscando não causar danos e maximizar os benefícios minimizando os riscos; (III) princípio da não-maleficência que é um seguimento da beneficência e, (IV) o princípio da justiça que é a imparcialidade em relação ao tratamento, tratando todos igualmente (DINIZ, 2009).

As ciências desenvolveram-se nas últimas décadas de forma impressionante, do cálculo da trajetória para se chegar à lua até a possibilidade de gerar

um filho mesmo após a morte de seus genitores através da inseminação artificial. Se por um lado existem motivos para comemorar, de outro há motivos para cautelas. Tais avanços científicos e tecnológicos trouxeram benefícios para a humanidade, porém sem limitações pode causar graves danos ou até mesmo a devastação da espécie humana.

Num passado não muito distante, a ciência causou horror, com muitas vidas ceifadas em seu nome.

Durante a segunda guerra mundial enquanto se procuravam a raça pura, muitos experimentos e pesquisas científicas foram realizadas pelos médicos nazistas comandados por Josef Mengele, nos campos de concentração em *Auschwitz*, cometendo atrocidades em nome da ciência. Importante destacar que a Alemanha não foi a única a utilizar essas monstruosidades em nome da ciência; países como Japão, Estados Unidos e Austrália também realizaram experiências em seres humanos. (DINIZ, 2009).

Na África do Sul, houve desenvolvimento de microrganismos manipulados em laboratórios que esterilizassem a população negra, mas não a branca, apontando para um novo capítulo na história de guerra: o arsenal genético. No Brasil tem-se notícia de aplicação em mulheres de anticoncepcionais Norplant R e Norplant II, mediante injeções subcutâneas, que lhe causaram grande sofrimentos (DINIZ, 2009, p.416).

O primeiro código de ética para pesquisas em seres humanos, o Código de Nuremberg, foi editado em 1.947 por tantas pesquisas que causaram enormes danos a espécie humana, revelando que a Bioética se faz necessária, impondo os limites para assegurar o desenvolvimento e a segurança das pesquisas.

Esta, a legitimidade da pesquisa, não está no consenso, mas na necessidade e legitimidade da experiência em prol da vida e da saúde (DINIZ, 2009, p.420); colocando em primeiro lugar a preservação da vida, respeitando cada indivíduo, mantendo sua integridade física, moral e psíquica.

Outra necessidade de se impor limites, está no caso das reproduções humanas assistidas heterólogas, pois não se tem ideia de quantos doadores anônimos podem ter seus materiais genéticos espalhados, conforme matéria publicada em revista de grande circulação nacional.

Usar em excesso o mesmo doador de sêmen eleva risco genético e de incesto

Recorrer excessivamente ao esperma de alguns doadores aumenta o risco de transmissão de doenças genéticas e incestos involuntários entre meio irmãos e irmãs com o mesmo pai, alertaram especialistas.

O tema, em discussão há vários anos, inspirou recentemente o filme canadense “Starbuck”, de Ken Scott, que conta as aventuras de um doador de sêmen que vai ao encontro de seus 533 filhos. A história é um pouco como a de Barry Stevens, diretor de documentários, sobre a busca de seu pai biológico. Stevens, cineasta de Toronto e nascido na Grã-Bretanha há 59 anos, graças ao sêmen de um doador, descobriu ter dezenas de meio irmãos e irmãs no Canadá, nos Estados Unidos e na Europa. Estima-se que esta fraternidade tenha entre 500 e 1.000 integrantes em todo o mundo. Embora seja surpreendente, sua história está longe de ser uma exceção na América do Norte. Ao contrário do Reino Unido ou da Suécia, nenhuma lei limita nos Estados Unidos e no Canadá o número de filhos que podem nascer de um único doador. “A maioria dos bancos de esperma tem seus próprios limites. Existe um padrão internacional de 20 gestações por doador”, explicou Simon Phillips, diretor do laboratório clínico Ovo Fertility, com sede em Montreal. Este problema cruza as fronteiras do país. “A grande maioria do esperma usado no Canadá é importado dos Estados Unidos”, disse Phillips. Desde 2004, os doadores não são mais remunerados no Canadá, razão pela qual houve uma redução significativa do estoque e foi preciso recorrer à importação. Mas a limitação não parece ser respeitada. As famílias escolhem por catálogo o perfil do doador (cor dos olhos, nível de escolaridade, etc.), e por isso alguns são mais procurados do que outros. No site americano Registros de Irmãos, que relaciona filhos dos doadores (anônimos, mas identificados com um número que é fornecido às famílias), os testemunhos se multiplicam. “Temos um grupo que reuniu cerca de 150 filhos de um mesmo doador e este número não para de aumentar”, afirmou Wendy Kramer, criadora do site no ano 2000 e mãe de um menino nascido de um doador. Outra fraternidade é composta de 75 crianças, várias delas canadenses. Para os especialistas, recorrer a um mesmo doador excessivamente empobrece o cruzamento genético e aumenta os riscos de transmissão de problemas hereditários, sem contar com o impacto psicológico. “É difícil para estas crianças e não se sabe como vão enfrentar e superar esta situação”, disse Kramer. Mais grave ainda, os riscos de incesto involuntário são reais. “Não se pode excluir a possibilidade de que os filhos de um doador se encontrem, tenham relações sexuais e até mesmo filhos, sem saber que são irmãos e irmãs. Ou que o próprio doador tenha relações com uma filha”, explicou Barry Stevens, autor do aclamado documentário “Offspring”. Para Juliet Guichon, professora de Bioética da Universidad de Calgary, no Canadá, isto ocorre com mais frequência do que se pensa. “As pessoas que recorreram a um doador de esperma frequentemente descendem do mesmo meio socioeconômico. Elas se conhecem, recomendam médicos entre si, moram nos mesmos bairros”, acrescentou. Guichon defende uma limitação: “a doação de esperma é um mercado. Por enquanto, quem o regula

é a lei do mercado e não o do interesse da criança. Vemos, então, porque estamos nesta situação”. Por fim, estima-se que a solução esteja no fim puro e simples do anonimato do doador, o que permitiria maior transparência e controle do doador de esperma. (REVISTA VEJA, 2016)

Quanto ao Brasil, em relação aos doadores, parece-nos ter um controle maior que o sistema americano. No Brasil, se permite no máximo dois filhos por doador, ao passo que nos Estados Unidos, são vinte e cinco. Mas, sabe-se que ocorrem muito mais que isso. No Brasil, as doações de esperma não são remuneradas, já nos Estados Unidos são. O Brasil descarta o sêmen de doadores quando estes atingem dois filhos para se evitar o risco de casamentos ou relações entre meios irmãos.

Se dois parentes tiverem uma relação amorosa, ocorre o chamado casamento consanguíneo. A geneticista Mara Helena Hutz, integrante da Sociedade Brasileira de Genética (SBG), explicou que o risco de que doenças genéticas se manifestem nos filhos desse casal aumenta: o gene recessivo é aquele que precisa de duas cópias para aparecer externamente”, esclareceu. Irmãos tendem a ter carga genética parecida, já que ela é herdada dos pais. Se os dois tiverem o mesmo recessivo, ele se manifestará nos filhos. ”Todos temos genes recessivos que causam doenças, mas que raramente se manifestam, afirmou Hutz. E a ameaça não é só pelos meio irmãos, mas também por outros níveis de parentescos. (G1, 2011)

É por todos os motivos elencados acima que precisamos de cautela, com tantos avanços e os riscos advindos deles, e com o homem se sentindo um deus diante de tamanho conhecimento e meios de se criar, cada vez mais se faz necessário o biodireito para assegurar que os limites sejam respeitados e que no caso de serem ultrapassados, as sanções sejam aplicadas aos que vierem a desobedecer tais imposições.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Diante da ausência de uma legislação específica e para que a decisão seja coerente, deverá o julgador buscar a solução do conflito baseando-se em alguns princípios constitucionais, princípios que passa-se a abordar.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este princípio é essencial, mas não só para as técnicas de reprodução humana assistida, como para todos os seres humanos.

E vem ganhando conhecimento a cada dia, a doutrina e até mesmo jurisprudência vem reconhecendo sua importância e eficácia, para estabelecer os direitos que as pessoas possuem, sendo proeminente para o tema abordado, que envolve a biotecnologia à reprodução humana.

Como é um princípio de amplitude máxima, submerge o primeiro artigo da Constituição Federal, podendo-se dizer que é soberano, por resguardar a família, a pessoa humana e outros direitos.

Estabelece o artigo 1º, III, da Constituição Federal que:

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:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conjunto de valores atribuídos ao ser humano. Dentro dos direitos e garantias, destaca-se o direito à vida, ao nome, à personalidade, à família, educação, moradia, saúde, assistência médica e emprego. É um princípio muito amplo, podendo ser entendido como princípio máximo.

O princípio da dignidade da pessoa humana elencado Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, é mais uma forma de demonstrar como o legislador se comprometeu a priorizar o ser humano, colocando sua dignidade acima dos demais princípios.

A esse respeito é a doutrina majoritária.

A consagração da dignidade da pessoa humana no texto constitucional reforça, ainda, o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade. O indivíduo deve servir de “limite e fundamento do domínio político da República”, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. (NOVELINO, 2014, p.362).

A dignidade da pessoa humana não foi uma preocupação somente em nossa Constituição, após a Segunda Guerra e dos horrores das experiências nazistas, onde a dignidade humana foi ignorada, vários países passaram a se preocupar e criar mecanismos para assegurar o respeito a ela, tendo sido editado o Código Nuremberg em 1947 e o Pacto de San José da Costa Rica, nos países onde não está expresso em sua constituição a dignidade da pessoa humana ela vem sendo respeitada. (BARROSO, 2010).

Conforme o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, traz expresso em seu Artigo 11 a proteção da honra e da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a mesma lógica, afirma Barroso (2010, p.7) “pelo mundo afora, cortes constitucionais e internacionais têm apreciado casos de grande complexidade moral envolvendo o sentido e o alcance da dignidade da pessoa humana”.

E continuando, o ilustre Barroso, diz que a justiça não pode deixar de ser aplicada pela ausência de lei, devendo-se utilizar do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos *casos difíceis*, para os quais não há solução pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extra-jurídicos como a filosofia moral e a filosofia política. E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana. (BARROSO, 2010, p.10).

Citando exemplo de julgamento decidido utilizando a dignidade da pessoa humana, continua o Ministro:

[...]questão interessante, envolvendo inseminação artificial, foi julgada no Reino Unido. Natalie Evans, antes de ter seus ovários retirados em razão de um tumor, colheu óvulos e teve-os fecundados em laboratório com o sêmen de seu parceiro, Howard Johnson. Os embriões congelados permaneceram em uma clínica especializada. Após o rompimento da relação conjugal, a mulher desejou implantar em seu útero os embriões armazenados, ao que se opôs o antigo parceiro. Diante disso, a clínica recusou-se a fornecer o material, saindo-se vencedora na demanda que lhe foi proposta (BARROSO, 2010, p.7 e p.8).

Continuando a trilhar na área de reprodução humana assistida, ensina Queiroz:

A aplicabilidade do Princípio da dignidade da pessoa humana nas situações subjetivas oriundas da procriação *post mortem* deve ser visualizada em duplo ângulo de sujeitos: tanto da parte dos genitores, quanto da parte dos concebidos por meio de tal técnica, sendo a tutela conferida a todos os envolvidos, indistintamente (QUEIROS, 2015, p.163).

A dignidade da pessoa humana aos olhos da Organização das Nações Unidas também é o direito a reprodução.

Além das normas constitucionais, é preciso referir que os direitos reprodutivos são considerados pela Organização das Nações Unidas como direitos humanos. Para a Organização das Nações Unidas, os direitos reprodutivos representam uma constelação de liberdades, instrumentos internacionais de direitos humanos e outros documentos de consenso. (DANTAS, CHAVES, 2017, p.37)

O direito de construir uma família, gerar filhos pelo processo de reprodução humana assistida encontra respaldo na dignidade da pessoa humana, e corresponde a um dos pilares de sustentação da bioética que é o princípio da autonomia, onde cada indivíduo faz a sua escolha de como e quando optar pela técnica. O princípio da justiça corresponde ao direito a informação sobre as técnicas de reprodução humana assistida, quais as técnicas mais seguras e viáveis e por último o princípio da beneficência que corresponde a um tratamento seguro, onde se coloca em primeiro plano a saúde e a segurança da mulher que se submete a técnica de reprodução humana assistida.

3.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar é uma maneira livre, não podendo ninguém e nem o Estado, deter limites para que não suceda família.

Aos casais é permitido decidirem sobre a formação de sua família sem a intervenção do Estado ou da sociedade, não cabendo impor condições ou limitações, o com quem, quando e como irá formar é um direito de cada indivíduo, não sendo competente o Estado para determinar como realizar tal formação, mas, unicamente competente para dar assistência, seja através da saúde, educação etc.

Explica Tartuce (2008, p.37) que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito”.

No mesmo sentido, Leciona Madaleno (2013, p. 176) “é apenas do casal a decisão de ter filhos e quantos filhos desejarão ter, sem nenhuma limitação à natalidade, ao contrário de outras nações, como a China, que restringia a um filho por casal”.

Dentre a liberdade do planejamento está a filiação. O acesso às técnicas de fertilização é um direito a filiação, dentre as técnicas está a reprodução humana assistida.

Neste sentido, ensina Dias:

O acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa realização do sonho da filiação. O tema da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento nesse preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. (DIAS, 2015, p.643)

Nos casos onde existem distúrbios na função procriativa sendo um assunto de saúde pública, é dever do Estado garantir acesso ao tratamento da esterilidade e reprodução (DIAS, 2016).

O planejamento familiar está regulamento pela Lei 9263/96 assegurando a todo cidadão não somente ao casal o planejamento familiar, incluindo métodos de concepção e contracepções, ficando ao livre arbítrio de cada indivíduo ou casal tomar a decisão.

O planejamento familiar, de origem governamental é o de maneira preventiva e educativa, garantindo de forma igualitária a todos o acesso às informações sobre os meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade (DIAS, 2016).

Nesse sentido, é a doutrina:

[...] não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter o tratamento para fertilização in vitro não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. Assim, importa ressaltar que a judicialização da questão poderia ser desnecessária, se o Governo brasileiro estivesse a cumprir com sua obrigação de tutelar a saúde – incluída a saúde reprodutiva – e cumprindo a Portaria nº 46/Gabinete do Ministro, que institui, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde),

a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida e da outras providências. (DANTAS, CHAVES, 2017, p. 41).

Por lei, os planos de saúde e seguros privados de saúde também estão obrigados a dar coberturas em tratamentos de planejamento familiar.

Em relação a reprodução humana assistida *post mortem*, Queiroz explica:

Em se tratando da procriação *post mortem*, desde que respeitados seus limitadores naturais, em observância à responsabilidade atribuída aos genitores pelo fato da concepção e nascimento, não se pode admitir a interferência estatal para coibir tal forma de reprodução. Ao Estado cabe a vigilância pertinente, conferidos ao embrião, ao nascituro e ao menor, sem projetar na esfera da privacidade familiar. Cumpri-lhe garantir, externamente, a realização dos cálculos familiares, intervindo internamente só nos casos estritamente necessários para assegurar a formação da prole (QUEIROZ, 2015, p.177).

Nos casos de reprodução humana assistida estas são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE FILHOS

É bem verdade que, há tempos passados os filhos não tinham reconhecimento como hoje. Os filhos nascidos de relações extraconjugais eram marginalizados, não eram reconhecidos e muito menos tinham qualquer tipo de direito, inclusive o de ser reconhecido, no antigo Código Civil estes eram excluídos (DIAS, 2015).

Toda omissão e desrespeito aos filhos chamados de ilegítimos, beneficiava somente quem cometeu o adultério e condenava os filhos.

Conforme leciona Maria Berenice:

Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse sido o pai quem cometera o delito de adultério – que à época era crime –, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais. (DIAS, 2015, p.361).

Com advento da Constituição Federal de 1.988, grandes alterações e ampliações em várias leis aconteceram, inclusive no Código Civil, elencando os devidos direitos do filho, colocando fim a qualquer tipo de exclusão de qualquer um deles.

Assim, tanto os filhos gerados do matrimônio, como os filhos gerados fora dele possuem a mesma igualdade.

O mesmo entendimento se aplica aos casos de reprodução artificial. Nada justifica excluir um filho pelo fato dele ter sido concebido *post mortem*; ele é fruto de um projeto de continuidade familiar, portanto a ele cabe os mesmos direitos dos demais filhos.

3.4 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável tem seu conceito claro, que é a responsabilidade, englobando o planejamento familiar, que se constitui no meio de formação de uma família, respaldado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o qual abrange a garantia de todas as pessoas.

Este princípio expresso no texto constitucional localizado no artigo 226, § 7.º, da Constituição Federal de 1.988, especifica:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

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

Neste sentido, pode-se esclarecer tal princípio é aplicado ao livre planejamento familiar, do qual decorre a paternidade responsável com a ampliação da família, bem como o direito parental entre os pais e o filho, os quais tem a responsabilidade pela concepção, por qualquer das formas, até a criação dos filhos.

3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Esse princípio é fundamental para a criança, pois garante todos os direitos fundados a ela, possuindo a relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme consubstanciado na Declaração universal dos Direitos da criança expedida pela Organização das Nações Unidas (ONU), dando a proteção ideal para a criança.

O legislador expressa no artigo 227, da Constituição Federal de 1.988, que a dignidade é objeto de proteção para a criança com todo seu valor devido e reconhecido.

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.

Entretanto, a criança torna-se uma prioridade absoluta, e todos que estão em sua volta tem o direito de proteger. A participação do direito de escolha da criança é fundamental e obrigatória, faz parte com a dignidade que possui, tendo de haver a participação e seu reconhecimento e garantia além de tudo.

4 ASPECTOS GERAIS DA SUCESSÃO

4.1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

A palavra sucessão, em sentido amplo significa tomar o lugar de alguém, dar continuidade, prosseguir, substituindo-a em sua titularidade determinados bens. Como exemplo, uma compra e venda que o comprador assume o lugar do vendedor, adquirindo todos os direitos que a este competia.

Para Venosa, (2013, p.1) “Suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”.

No direito das sucessões isto se dá com a morte de alguém, é a transmissão do patrimônio do falecido aos seus herdeiros, prevista no Art. 1.784 do Código Civil. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Para Flávio Tartuce, o Direito das Sucessões (2013, p.20) é definido como:

Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. (TARTUCE, 2013, p. 20)

Nos primórdios da civilização humana, não existia a noção de propriedade individual, não existia direito das sucessões, todos os patrimônios eram da coletividade. Com o passar dos tempos o ser humano foi evoluindo e individualizando seu patrimônio, surgem às sociedades organizadas, as propriedades privadas, nascendo assim o direito sucessório (GAMA, 2007).

Na antiguidade, a sucessão hereditária se relacionava com a religião, o patrimônio passava de um para outro por meio de testamento, a preocupação era totalmente religiosa pretendia-se neste ato preservar a religião e não o patrimônio (DIAS, 2015).

Por sua vez, alega a autora Maria Berenice Dias (2015, p.27), “o testamento é uma invenção romana”. Dando continuidade a importância do testamento para os povos antigos:

[...] a aquisição da propriedade fora do culto era exceção. Por essa razão o testamento sempre foi muito importante em Roma e nos demais povos antigos, assim como o instituto da adoção. A morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extinguiria o lar, segundo acreditavam. Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independia do culto geral da sociedade. Por meio da adoção e do testamento, o romano impedia que se extinguisse a religião.

Os romanos, assim como os gregos, admitiam as duas formas de sucessão e o culto familiar. Pelas mesmas razões tinha importância o instituto da adoção. A propriedade e o culto familiar caminhavam juntos. A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto (VENOSA, 2013, p.3).

Neste período os homens sempre foram os agraciados pela sucessão, pois, acreditava-se que caso se transmitisse as mulheres e estas, fossem solteiras, ao

se casarem seguiriam a religião do marido, extinguindo-se o culto religioso familiar. Não bastava ser homem para herdar, era necessário ser o mais velho, o chamado direito de primogenitura, garantindo assim a integralidade do patrimônio familiar (DIAS, 2015).

A pedra de toque do direito sucessório é o chamado princípio de *saisine*, que teve origem na França (DIAS, 2015, p.28). Este princípio foi adotado em nosso ordenamento jurídico, segundo o qual o próprio morto transmite ao sucessor o domínio e a posse de seus bens (Gonçalves, 2014).

Durante muito tempo se conviveu com tratamento discriminatório em relação ao direito de sucessão, favorecendo os homens (excluindo as mulheres) e somente os primogênitos (excluindo os demais descendentes). Atualmente diante dos princípios e garantias fundamentais busca-se uma igualdade de tratamento em relação as sucessões, aplicando a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil (GAMA, 2007).

Estes fatos somente foram se alterando com o passar do tempo e com a evolução do Direito, em nosso ordenamento após a promulgação da Constituição Federal, as leis passaram a evitar uma série de discriminações relacionadas a herança.

4.2 ABERTURA DA SUCESSÃO E CAPACIDADE PARA SUCEDER

O Código Civil de 2002, em seu artigo 6º, define o fim da existência da pessoa natural, assim como no caso dos ausentes, para fins de tratamento da abertura da sucessão definitiva.

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

Existem dois tipos de extinção da personalidade. A primeira é chamada morte real, que é a morte atestada por um médico e devidamente registrada em cartório de registro público, nos termos do Art. 9º, I do CC. A segunda é a morte presumida, sem a necessidade de existir um corpo, através da prova indireta da morte, consoante o Art. 7º do mesmo diploma legal.

A Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1.973, também conhecida como a Lei de Registros Públicos, trata da admissão da morte mediante processo judicial para os casos de acidentes envolvendo a morte de pessoas e, no caso, em

que o corpo nunca é encontrado, é necessária a prova da presença da pessoa no local. A morte que gera a abertura imediata da sucessão é a morte natural. Com a morte de alguém nasce o direito dos herdeiros aos bens do falecido. Para esses casos Maria Berenice Dias, alerta:

Abertura da sucessão não se confunde com abertura do inventário. São momentos distintos. A transmissão da herança ocorre independentemente do inventário, porque é inadmissível relação jurídica decapitada, sem um sujeito de direito para utilizá-la. A abertura da sucessão se dá no momento da morte, termo final da personalidade natural, e a abertura do inventário ocorre quando do ingresso em juízo da ação correspondente, sempre depois da abertura da sucessão. (DIAS, p. 103 e 104)

A regra do Art. 1.784 CC, estabelece que a transmissão é automática aos herdeiros, independentemente de qualquer ato, diferentemente do que ocorria no direito Romano, como explica Gama (2007, p.16) “diversamente do que ocorria no direito Romano, em que a herança era considerada jacente enquanto não fosse ocupada, no direito contemporâneo a herança é transmitida aos herdeiros com a abertura da sucessão”.(GAMA, 2007, p.16)

Com a consagração do princípio de *saisine*, o patrimônio do falecido, com nome de herança, transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, não interrompendo a continuidade do patrimônio, para que este não fique sem dono (DIAS, 2015). Porém, para transmitir a herança é necessário que se tenha capacidade de suceder o morto, veremos o que nosso ordenamento jurídico nos ensina.

O Código Civil traz expresso em seu Art.1.º que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil; pois bem o que a lei diz é que toda pessoa é sujeito de direitos e obrigações, possuindo capacidade jurídica, mas isso não quer dizer que todos são capazes de praticar todos os atos da vida civil, existem limitações.

Para que possa suceder é necessário ter a chamada capacidade sucessória.

Capacidade sucessória não se confunde com capacidade civil. Alguém pode ser incapaz para os atos da vida civil e não lhe faltar capacidade para suceder, e vice-versa; é o poder de ação no mundo jurídico. Legitimidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*. A incapacidade para suceder identifica-se com o impedimento legal para receber a herança. (DIAS, 2015, p. 118).

Sustentando o ensinamento de DIAS (2015), o ordenamento traz expresso em seu “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Nesse aspecto o legislador assegurou o direito não só da pessoa nascida, mas se preocupou em preservar o direito do nascituro, dando aptidão para herdar, porém o coloca na condição de herdeiro suspensivo, ou seja, para herdar é necessário nascer com vida, caso não nasça nunca terá herdado. Todavia, se ao nascer em seguida morrer, este herdar e transmitirá a herança aos seus sucessores. O nascituro tem seus direitos garantidos, consoante o art.2.º do Código Civil.

In casu, para elucidar essa questão é conveniente citar a jurisprudência em relação ao seguro DPVAT em face do nascituro.

NASCITURO. SUCESSÃO LEGÍTIMA. NASCIMENTO COM VIDA. SEGURO OBRIGATÓRIO. 1- A sentença determinou que os avós entreguem ao neto valor indenizatório que receberam de seguro (DPVAT) em razão da morte do filho deles, pai do neto. 2- A criança, na época do falecimento do pai, estava sendo gestada e, como nascituro nascido com vida, é sucessor do pai, excluindo os avós, ascendentes (CC, arts. 2º, 1.798 e 1.829). 3- Apelação não provida. (TJ-SP - APL: 18040820098260060 SP 0001804-08.2009.8.26.0060, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 06/09/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/09/2012).

Nem todas as pessoas possuem esta capacidade para suceder, que são os casos previstos no Art. 1.814 Código Civil.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Para Gama (2007, p.67) “a indignidade representa uma sanção civil aplicada ao vocacionado à sucessão (legítima ou testamentária), privando da herança ou do legado que ele receberia não fosse a indignidade”.(GAMA, 2007).

Caso emblemático relacionado à indignidade foi da família Von Richthofen, onde a filha Suzane Louise von Richthofen, assassinou seus pais enquanto

dormiam, com ajuda dos irmãos Cravinhos. Embora o caso tenha corrido em segredo de justiça, a informação vazou, e a imprensa noticiou a exclusão de Suzane a herança por indignidade.

4.3 MODALIDADES SUCESSÓRIAS

Com a morte do titular do patrimônio, ocorre a abertura da sucessão, ou seja, a necessidade de transmissão de bens, direitos e obrigações do falecido à alguém, para que seu patrimônio não fique sem dono. O titular do patrimônio também não pode dispor de todos os seus bens como quiser, nem durante a vida nem para depois da morte, sendo preservado o direito dos herdeiros.

Esclarece-nos Maria Berenice Dias:

Assim, ainda que seja plenamente capaz, não é absoluta liberdade de quem tem herdeiros necessários. A lei escolhe determinadas pessoas que necessariamente irão receber parte do patrimônio: descendentes, ascendentes e cônjuge. (DIAS, 2015, p.111)

A estes são garantidos a metade dos bens, sendo a outra metade disponível ao titular do patrimônio para que ele faça o que quiser.

O patrimônio transmite-se aos herdeiros, escolhidos pela lei, que é a sucessão legítima ou eleitos pelo falecido por meio de testamento, que é a sucessão testamentária, espécies que passaremos a abordar.

4.4 SUCESSÃO LEGÍTIMA

Esta é a sucessão que resulta da lei, ou seja, quando o titular do patrimônio não deixou nenhum documento determinando o que e para quem deveriam ir seus bens. Na ausência de manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro (DIAS, 2015).

Prevalece a sucessão legítima quando inexistente testamento, conforme o referido artigo de lei.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Todos os herdeiros, parentes em linha reta, colaterais até o quarto grau, cônjuges e companheiros, dispõe de legitimidade para suceder, legitimidade decorrente de lei, integram a sucessão necessária. No entanto os parentes mais distantes incluem o rol de herdeiros facultativos, podendo ser excluídos da herança, mas todos integram a sucessão legítima.

4.5 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Como o próprio nome diz, sucessão testamentária é a transmissão da herança por meio de testamento. Ocorre quando houve manifestação de vontade da pessoa, enquanto estava viva, elegendo quem deseja que fique com o seu patrimônio depois de sua morte (DIAS, 2015).

Todas as pessoas possuem liberdade para testar, fazer disposições de seus bens em vida para que estes surtam efeitos após sua morte, porém esta liberdade não é absoluta, sendo necessária a preservação de metade de seus bens para os herdeiros necessários, ficando impedido de desfazer da totalidade de seus bens.

No caso de existirem somente herdeiros legítimos, ou seja, colaterais até quarto grau, neste caso ele pode dispor de todos seus bens em testamento.

Explicando a liberdade do testador, leciona Maria Berenice:

O testador em liberdade de dispor da parte disponível de sua herança a quem lhe aprouver. Limitando-se a deixar seu patrimônio, ou fração dele, a um ou mais pessoas, estes são herdeiros testamentários. Como recebem fração ideal do acervo hereditário, ocorre a transmissão a título universal. Pode se beneficiar tanto pessoas estranhas a ordem de vocação hereditária como os próprios herdeiros. O herdeiro testamentário pode ser inclusive pessoa que ainda nem nasceu nem sequer foi concebida. (DIAS, 2015, p. 116)

Como podemos perceber a sucessão testamentária da a liberdade de escolha ao testador, impondo limites para que os herdeiros tenham seus direitos preservados, muito embora a sucessão testamentária seja ato de última vontade do testador não se pode negar que o direito da sucessão legítima decorrente de lei tem que ser respeitado.

4.6 A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O legislador ao tratar deste artigo de lei que cuida da ordem de vocação, utilizou-se de sentimentos de afeto, proximidade, cuidados, criou-se uma linha vertical de herdeiros, buscando-se desta forma amparar os descendentes e seu cônjuge, não existindo estes, esta linha transcende na busca de ascendentes, e por sua vez não encontrados, busca-se nas linhas colaterais, sempre buscando a afinidade, proximidade, o legislador buscou preservar e proteger os direitos das pessoas com quem o autor da herança conviveu e sempre quis dar o melhor, sempre buscou proteger. No entanto, quando não se encontra ninguém a herança se torna sem dono, passando assim a pertencer ao município, herança jacente.

Na ordem de vocação hereditária os primeiros a serem chamados a suceder são os descendentes: filhos, netos e bisnetos e assim sucessiva, conforme o Art. 1.829, I Código Civil.

A limitação a sucessão é dada pela natureza, pois geralmente não convivem mais de três ou quatro gerações (DIAS, 2015). Este conceito de descendente abriga todas as espécies de filiação.

Não basta ser descendente para herdar, como explica Dias:

A preferência é dos descendentes de grau mais próximo, que excluem os mais remotos. Os descendentes em linha reta de primeiro grau (filhos) afastam os demais descendentes de graus mais remotos (netos, bisnetos, etc.). E todos que se encontram no mesmo grau de parentesco com o de cujus recebem partes iguais (DIAS, 2015, p. 138).

Após os descendentes os próximos a serem chamados são os ascendentes, conforme o Art. 1.829, II Código Civil.

Os ascendentes ocupam o segundo lugar na linha sucessória, eles são chamados a suceder se não existirem herdeiros descendentes, falecendo os filhos e estes não possuindo filhos, não havendo nenhum herdeiro estes têm direito à herança de seus descendentes. Assim, falecendo quem tem filhos, netos ou ainda um único herdeiro, seus pais não têm direito à herança, somente na hipótese de não haver nenhum descendente do falecido é que serão chamados os ascendentes, pais, avós e bisavós etc. (DIAS, 2015).

Em terceiro lugar é chamado a suceder o cônjuge, conforme Art. 1.829, III Código Civil.

O cônjuge é herdeiro necessário, tem garantia legítima, inexistindo descendentes e ascendentes, herda por direito próprio (DIAS, 2015).

A legitimidade sucessória nada tem a ver com a meação, a meação é a metade de todo o acervo adquirido pelo casal, conforme explica Maria Berenice:

A legitimidade sucessória do cônjuge nada tem a ver com a meação: a metade dos bens comuns não integram a herança. Pertence ao cônjuge sobrevivente. A existência do direito da meação e sua extensão dependem do regime de bens do casamento (DIAS, 2015, p.141).

O cônjuge sobrevivente, dependendo do regime de separação de bens, além da meação recebe parte da herança concorrendo com os herdeiros descendentes e ascendentes que o antecedem na ordem de vocação hereditária, é a chamada concorrência sucessória.

Concorrendo com descendentes, seu direito está condicionado ao regime de bens do casamento, no entanto na concorrência com os ascendentes, não importa o regime de bens, ela faz jus a sua fração na herança. (DIAS, 2015).

O legislador ao tratar do companheiro sobrevivente, faliu ao não inseri-lo na ordem de vocação hereditária, esta omissão foi tratada no Art. 1.790 Código Civil, colocando ele em quarto lugar na linha sucessória, depois dos parentes colaterais: primos, sobrinhos-netos e tios-avôs. Somente inexistindo estes, o companheiro adquire a qualidade de herdeiro.

Ao companheiro sobrevivente era assegurado o direito de concorrência somente sobre os bens adquiridos onerosamente na constância da união, ou seja, não ficando desamparado se tiver adquirido bens durante a convivência. (DIAS, 2015).

O referido artigo foi muito atacado desde a entrada em vigor do atual Código Civil. Várias ações discutiam sua constitucionalidade. Diante de tal situação o Supremo Tribunal Federal em sede de R.E 646721 decidiu que é, portanto, a partir de então o companheiro passa a ter o mesmo tratamento do cônjuge.

E finalmente os herdeiros colaterais, que não são herdeiros necessários, mas legítimos, conforme Art. 1.829, IV Código Civil. A ordem é que os parentes mais próximos excluem os mais remotos. Porém, caso o falecido, possua descendente, ascendente ou for casado, os colaterais não herdam. Já no caso de se tratar de união estável e não possuir descendente ou ascendente, os colaterais concorrem com o companheiro sobrevivente. (DIAS, 2015).

O legislador se preocupou em preservar a herança dentro dos laços de afetividade, afinidade, amor e carinho, protegendo as pessoas com que o falecido mantinha relações de proximidade, porém pecou ao tratar do companheiro, o excluindo da ordem de vocação hereditária e agraciou pessoas com as quais talvez o falecido nunca nem tenha tido contado, como é o caso dos colaterais.

4.7 O CONCEBIDO POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DAS SUCESSÕES

O mundo comemora 40 anos do primeiro bebe de proveta, a ciência avança cada vez mais no sentido da reprodução humana assistida e o direito ainda tem dificuldades em lidar com este avanço, principalmente em relação ao concebido *post mortem* no âmbito das sucessões.

Queiroz classifica as pessoas físicas para o direito sucessório na reprodução *post mortem*:

(...) sucessão dos seres já concebidos; 1.1) nascituro e 1.2) embrião congelado; 2) sucessão dos seres ainda não concebidos: 2.1) prole eventual e 2.2) embrião fecundado com utilização de material genético do titular já morto. (QUEIROZ, 2015, p.246)

Partindo desta classificação, percebe-se que a autora identificou para as duas categorias de sucessores modos diversos. Assim, as pessoas nascidas e concebidas no momento da abertura da sucessão podem herdar tanto na sucessão legítima quanto na testamentária, aos demais somente na testamentária.

No mesmo sentido, leciona Machado:

Considerando a forma prevista legalmente nesse sentido, também não seria possível a criança nascida através dessa forma de inseminação ser considerada herdeiro porque, conforme o previsto no art.1.798 do Código Civil brasileiro, só podem suceder por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, muito embora se encontrem, entre as pessoas, os nascituros já concebidos. (MACHADO,2012, p.108)

A mesma autora questiona diante da possibilidade de nascimento post mortem, tempo após a morte do pai, deverá estender-se a estes casos a sucessão legítima?

Para José de Oliveira Ascensão apud Machado, a resposta é negativa porque:

[...] toda a estrutura da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações, nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que por ventura se fizesse estaria indefinitivamente sujeita a ser alterada. (ASCENSÃO, 1994, apud MACHADO, 2012)

Continuando em seu raciocínio a autora alega que (2012, p.109) “na inseminação artificial *post mortem*, conforme se percebe, nenhuma vantagem resulta para o concebido. Além de nascer órfã” (MACHADO, 2012).

Com interpretação oposta, Queiroz defende o direito de suceder aos concebidos *post mortem*:

[...] embriões fecundados com o material genético do de cujus, a concepção acontecida após a sua morte, instala-se razoável lacuna normativa, uma vez que eles eram inexistentes no momento da abertura da sucessão. Tal categoria não pode ser enquadrada nas hipóteses de sucessão legítima, por lhe faltar o elemento decisivo de estar concebida quando da ocorrência da morte do de cujus. Porém, não se pode concordar com aqueles que defendem que tais filhos não podem herdar, em flagrante desrespeito à paridade de filiação. (QUEIROZ, 2015, p.248).

E a mesma autora continua a sustentar sobre os direitos do concebido *post mortem*:

Enfim, resguardar o direito à sucessão para os filhos nascidos por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem* requer a harmonização do sistema jurídico, trabalho imprescindível para não se ferir o Princípio da Igualdade entre os filhos. Não basta admitir a procriação *post mortem*, ordenando seja configurado os vínculos de filiação, sem respaldar todos os direitos consectários da modalidade. Há que se atentar para a articulação da engrenagem jurídica, de modo a não criar um sistema de discriminação aos filhos concebidos após a morte do genitor, em um movimento de retrocesso no desenvolvimento do Direito, no que concerne à igualdade na filiação (QUEIROZ, 2015, p.250).

Nas palavras de Maria Berenice Dias, a Lei somente faz referência às técnicas de reprodução assistida, estabelecendo presunções de paternidade, nada prevendo sobre os reflexos do uso dessas técnicas no âmbito do direito suces-

sório, o legislador não se atentou para os avanços científicos na área de reprodução humana, tratando somente dos concebidos (DIAS, 2015).

As incertezas decorrentes desta falha do legislador são explicadas por Dias:

Mesmo que tenha o autor da herança autorizado por escrito a fecundação depois de sua morte, questiona-se se o filho dispõe de direito sucessório, uma vez que não existia quando da abertura da sucessão. Claro que essas novidades alimentam acaloradas discussões e o surgimento de posições díspares, até porque a fecundação pode ocorrer anos após o falecimento de quem em vida manifestou o desejo de ter filhos. (DIAS, 20135 p.124)

A doutrina diverge sobre os direitos sucessórios.

A tendência que vem se consolidando em sede doutrinária é de afastar o vínculo sucessório quando a implantação ocorre depois da abertura da sucessão, sob o fundamento de que, pelo princípio de *saisine*, é indispensável a existência de herdeiro ao menos concebido para que ocorra a transferência da herança. Esta posição não é unânime. (DIAS, 2015, p. 125)

Dias (LEITE, 2010 apud DIAS, 2015), faz uma distinção: reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido a concepção *in vitro*, quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente. Chinellato (CHINELATO, 2007 apud DIAS, 2015) distingue a existência de embrião por ocasião da morte do pai ou apenas de sêmen destinado à fertilização homóloga. No primeiro caso, reconhece a capacidade sucessória aplicando-se as mesmas regras relativas ao nascituro.

Pelo princípio da igualdade entre filhos, não se pode excluir um deles pela omissão da lei, não se pode tratar filhos de maneiras diferentes. Nada justifica excluir da sucessão um filho por ter sido concebido *post mortem*.

Não se pode admitir que os concebidos *post mortem* somente teriam seus direitos sucessórios garantidos com existência de testamento. Os filhos são iguais, são herdeiros legítimos e necessários. (DIAS, 2015).

Com relação aos direitos do concebido *post mortem*, Madaleno assim ensina:

Assim, na sucessão legítima a criança nascida da inseminação artificial *post mortem* não tem capacidade sucessória passiva, porque teria de estar viva ou ter sido concebida na data da abertura da sucessão, pela exigência legal da coexistência temporal da morte do sucedido com a concepção ou nascimen-

to com vida do herdeiro. Ao contrário, na sucessão testamentária não há exigência dessa coincidência entre a morte e a concepção ou o nascimento com vida, porque o de cujus pode indicar, por testamento, herdeiro ou legatário, filhos ainda não concebidos ao tempo de sua morte Código Civil Art. 1.800§4º. (MADALENO, 2013, p.527)

Porém, este mesmo autor alerta para a inconstitucionalidade do referido artigo, por tratar os filhos de formas diferentes ferindo o Princípio da Igualdade.

Madaleno também defende que para os casos de reprodução humana *post mortem*, deva ter um prazo para que ocorra a fecundação, assim como na Lei espanhola onde este prazo é de seis meses após a morte do genitor (MADALENO, 2013).

Acredita-se que a estipulação de um prazo possa trazer maior segurança jurídica a todos os envolvidos.

Qual o melhor caminho a ser seguido nesta evolução da ciência e os impasses jurídicos? Cria-se uma lei onde permita a concepção *post mortem* e garanta aos concebidos todos os direitos inerentes aos filhos de uma gestação natural ou se proíbe de vez a concepção *post mortem*? Por fim esta discussão está muito longe de uma solução, deve-se adequar a medida em que as coisas forem acontecendo, sempre respeitando os limites da lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal protege o direito de família e consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentando-o como o mais importante e o de maior relevância para a aplicação ao caso pautado.

Observou-se, ainda, que a reprodução humana assistida é realizada por técnicas científicas que são fundamentais para a fusão do espermatozoide ao óvulo, resultando em um embrião que, posteriormente, é implantado no útero e que poderá levar a gestação ao termo final. Com o aperfeiçoamento da técnica de reprodução humana assistida muitos casais que não conseguiam realizar o sonho de serem pais e mães pelos meios naturais puderam ver seus sonhos tornarem realidades.

Tal técnica é o resultado de anos e anos de pesquisas científicas, que após inúmeros fracassos rompe a barreira do impossível e permite que muitos casais

por motivos de infertilidade ou esterilidade possam gerar um filho com seu próprio material genético. A reprodução pode ser homóloga, isto é, quando o material genético é do próprio casal, ou heteróloga, quando se utiliza óvulo da esposa com espermatozoide de doador anônimo ou espermatozoide do esposo e óvulo de doadora.

Com o avanço da ciência surgem as técnicas de criopreservação de material genético, que possibilitou a muitos casais que criopreservassem seus materiais genéticos para utilizarem futuramente e, com esta técnica, surgiu a possibilidade da reprodução *post mortem*. A técnica de reprodução humana *post mortem* consiste em utilizar o material genético criopreservado do casal após a morte de um deles ou morte de ambos os genitores, podendo serem utilizados o sêmen, óvulo ou os embriões. Em 1.984 ocorreu, na França, o primeiro caso de reprodução *post mortem*, e ficou conhecido como o Affair Parpalaix.

Assim, como todo assunto polêmico, há divergências entre os doutrinadores, não há um consenso. Diante desta ausência de uma lei específica para a reprodução humana *post mortem*, as clínicas de fertilização, assim como todas as pessoas envolvidas neste processo, recorrem as resoluções do Conselho Federal de Medicina. Desde a primeira resolução, em 1.992, a atual, de 2.017 que se encontra em vigor, muitas alterações foram realizadas. As resoluções se adequam as necessidades e aos avanços da ciência, diferentemente das leis. Diante da ausência de uma regulamentação o Conselho Nacional de Justiça em seu Provimento de N° 63/2017 que estabeleceu normas para que se registre uma criança fruto de reprodução *post mortem*, solicita que seja apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado.

Conclui-se que as técnicas de reprodução humana assistida são métodos eficazes para os que desejam ter filhos. A evolução da criopreservação do material genético trouxe mais esperança aos que em vida tinham um projeto de família e, com a surgimento da possibilidade da inseminação *post mortem*, este projeto pode ter sua continuidade mesmo após a morte de um dos genitores. As resoluções do Conselho Federal de Medicina atualmente é quem norteia sobre os procedimentos de reprodução humana assistida e estão em constante atualização. Diante da ausência de lei para os casos de reprodução *post mortem* não se deve punir com mais sofrimento quem acabou de perder seu parceiro ou parceira. Além da dor da perda, se quiserem continuar o almejado planeja-

mento familiar, precisam se socorrer do judiciário, tudo isso poderia ser evitado se houvesse uma lei específica ou que o termo de consentimento em vida preenchesse essa lacuna legislativa.

No Brasil, para se submeter a reprodução *post mortem*, mesmo com o termo de consentimento, é necessário recorrer ao judiciário para que se possa realizar o procedimento, pois não existe nada que regulamente o procedimento, ou seja, nada que autorize. Da mesma forma nada que não autorize, vai depender de cada magistrado, como ele irá interpretar o pedido e as razões, salvo se o desejo estiver expresso em testamento.

Diferentemente do que ocorre em outros países onde existe uma legislação específica para estes casos, como, por exemplo na França, onde é vetada a inseminação *post mortem*, da mesma forma na Itália. No entanto, onde a legislação permite, como é o caso da Espanha, o procedimento de inseminação *post mortem* tem que ser realizado em até seis meses ao falecimento do titular do material genético e desde que o marido tenha dado o seu consentimento expresso, em ato público ou em testamento.

Em relação as sucessões, a questão se torna mais delicada ainda, pois, se ocorrer a reprodução *post mortem* e não estiver em testamento, teoricamente este filho não faria jus a sucessão, pois o Código Civil fala somente no vínculo de filiação, o concebido teria que ingressar com ação de petição de herança.

Mesmo na ausência de uma legislação específica para os casos de reprodução *post mortem*, o magistrado não pode deixar de resolver a questão, sendo necessário recorrer-se aos princípios constitucionais, seja aplicando o livre planejamento familiar, o melhor interesse da criança, o da dignidade da pessoa humana, a igualdade entre filhos ou a paternidade responsável. Ocorre que, diante da ausência de uma legislação para o caso em questão, podemos ter decisões diferentes para os mesmos casos e não podemos deixar a responsabilidade exclusivamente nas mãos dos magistrados: precisamos de uma segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que nos casos onde existam outros herdeiros e venha a ocorrer a reprodução *post mortem*, que se faça a partilha e reserve uma cota parte para aquele que foi concebido após a morte do autor da herança. Que esteja explícito em testamento este ato de última vontade. Para que não haja insegurança jurídica, a inseminação *post mortem* não deve ultrapassar o período de seis meses, desta forma ninguém seria privado de seus direitos e muito menos ficariam na expectativa de saber quando a partilha seria encerrada.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em 10 de ago.2018
- DANTAS, Eduardo. CHAVES, Marianna. *Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida*. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Novo do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FICHOU, Kilian. Usar em excesso o mesmo doador de sêmen eleva risco genético e de incesto. *Revista veja.com*, 06 Maio 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/usar-em-excesso-o-mesmo-doador-de-semen-eleva-risco-genetico-e-de-incesto/acesado-em-08072018>>. Acesso em: 08 jul. 2018.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: Sucessões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões – Volume VII*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família – Volume VI*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*. 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.
- MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MENICONI, Tadeu. *No Brasil, doador de sêmen só pode gerar 2 filhos por 1 milhão de pessoas*. Do G1, em São Paulo, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://g1>.

globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2011/09/no-brasil-doador-de-semen-so-pode-gerar-2-filhos-por-1-milhao-de-pessoas.html>. Acesso em: 13 jul.2018.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Deborah Giocci Alvares de. *Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei*. São Paulo: Gaia, 2000.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução assistida*. Inseminação artificial homologa post mortem e o Direito sucessório, 2008. Disponível em <<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>> Acessado em 30 de Maio de 2018.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório*. Curitiba: Ed. UFPR, 2015.

ROTANIA, Alejandra Ana. *Dossiê Reprodução Humana Assistida*. Rede feminista de saúde, Ago. 2003. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões – Volume VI*. 7ª ed. São Paulo: Método, 2014.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano In Vitro na Era da Biotecnologia*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões – Volume VII*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.