

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Cristiane Melara Tres

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E
SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Passo Fundo
2011

Cristiane Melara Tres

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E
SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação do
professor Me. Vitor Hugo Oltramari.

Passo Fundo
2011

Aos meus pais, Vanira e Marino, pelo amor incondicional que sempre deram às
filhas e pelos ensinamentos sobre os verdadeiros valores da vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por Suas obras maravilhosas e por me abençoar todo dia,
estando ao meu lado, meu eterno amor e gratidão.

À minha irmã, Elisabeth, pelo cuidado e compreensão que sempre
me dedicou.

Às minhas amigas e colegas, Ana Kéli, Carolina e Maiara, por
compartilharem desta caminhada e por me mostrarem a verdadeira
amizade.

À professora Me. Marlova Stawinski Fuga, pela dedicação e ajuda
prestada além da sala de aula.

Ao professor Me. Vitor Hugo Oltramari, pelo belo exemplo de
profissionalismo e pela dedicação à elaboração deste trabalho.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste
trabalho.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em
conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”
Eduardo Juan Couture

RESUMO

O presente trabalho aborda a possibilidade de ser estendido o Direito das Sucessões ao filho concebido através de inseminação artificial homóloga *post mortem*, tendo em vista que o mesmo é considerado filho do pai morto. A pesquisa utiliza-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, buscando através das posições doutrinárias, uma hipótese que solucione o problema da falta de proteção sucessória ao concebido *post mortem*, bem como dos métodos histórico e comparativo, levando em conta a evolução da Bioética e do Biodireito e o tratamento dado à inseminação artificial póstuma em diversos países. Antes de adentrar ao assunto, aborda a evolução do Biodireito e da Bioética, sua concepção atual e seus princípios norteadores, bem como analisa sinteticamente outros problemas oriundos do Biodireito. Com isso, passa ao estudo acerca das técnicas de reprodução humana assistida, entrando, por fim, no principal ponto do problema que é a relação entre inseminação artificial homóloga *post mortem* e o Direito das Sucessões. Além disso, faz um paralelo entre as normas do Direito de Família e do Direito Sucessório, tratando dos princípios constitucionais da igualdade, segurança jurídica, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, para obter a solução do problema. Por fim, conclui com base na aplicação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, marcos teóricos do trabalho, que a melhor solução a ser adotada é estender ao novo ser, concebido *post mortem*, o Direito Sucessório inerente aos herdeiros.

Palavras-chave: Biodireito. Bioética. Direito das Sucessões. Inseminação artificial *post mortem*. Princípios constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 BIOÉTICA E BIODIREITO.....	09
1.1 Origem e Conceito.....	09
1.2 Princípios aplicáveis.....	14
1.3 Problemáticas ético-jurídicas atuais	19
2 DIREITO À PROCRIAÇÃO E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	23
2.1 Direito ao planejamento familiar e direito de procriar	23
2.2 Técnicas de reprodução humana assistida.....	27
2.3 Inseminação artificial <i>post mortem</i> e tratamento jurídico	33
3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO	38
3.1 Vocação Hereditária	38
3.2 Princípios Constitucionais aplicáveis.....	44
3.3 Posições doutrinárias acerca da possibilidade do inseminado <i>post mortem</i> ser sujeito de direitos sucessórios	49
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará da influência do Direito Sucessório nos casos de inseminação artificial *post mortem*, a partir das evoluções tecnocientíficas trazidas na metade do século XX, tendo como marco teórico os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. A problemática em torno da inseminação artificial homóloga *post mortem*, surge através da colisão entre o inciso III, do artigo 1.597 e o artigo 1.798, ambos do Código Civil. A legislação pátria disciplina que são considerados filhos os concebidos a partir dessa técnica, reconhecendo nestes os mesmos direitos dos filhos concebidos naturalmente. Entretanto, no Direito Sucessório, a legislação exclui do rol de herdeiros o novo ser, concebido *post mortem*.

Com isso, nasce a discussão da possibilidade de estender o Direito Sucessório aos filhos oriundos de inseminação artificial póstuma, tendo em vista a aplicabilidade dos princípios da segurança jurídica, igualdade, dignidade da pessoa humana, entre outros. A partir da aplicação desses princípios, serão apresentadas três hipóteses para a solução do problema estudado, baseadas nas correntes excludente, relativamente excludente e inclusiva. A primeira sugere que a técnica reprodutiva *post mortem* seja proibida, por ferir os bons costumes. Já a segunda corrente, admite a utilização da inseminação póstuma, porém somente reconhece direitos relativos à filiação, excluindo o novo ser do direito de herança. Por fim, a corrente inclusiva, é a favor da aplicação da inseminação póstuma, estendendo ao novo ser os direitos à filiação e sucessórios.

Assim, o trabalho utilizará o método hipotético-dedutivo, partindo de premissas gerais, construindo soluções ao problema. Além disso, também serão utilizados os métodos histórico, o qual traz a evolução da bioética e do biodireito, bem como o comparativo, apresentando a concepção do problema em outros ordenamentos jurídicos.

No primeiro capítulo, será feita uma análise acerca da origem e conceito da bioética e do biodireito, os quais se tornaram fundamentais à regulamentação da prática médica a partir das descobertas de abusos cometidos por profissionais da saúde, que usavam seres humanos como objetos de pesquisa. Além disso, o capítulo tratará dos princípios norteadores de tais ramos, bem como dos problemas por eles enfrentados atualmente.

Em seguida, no segundo capítulo, far-se-á uma análise sobre o direito à procriação, passando ao tratamento das técnicas de reprodução humana assistida. Por fim, será apresentada a problemática referente à inseminação artificial homóloga *post mortem*, a qual

permite, através da criopreservação, a realização do direito parental, mesmo após o falecimento do genitor.

No terceiro e último capítulo, será abordada a influência da inseminação homóloga *post mortem* no Direito Sucessório, iniciando com a vocação hereditária e passando aos princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Com isso, passará à análise das correntes doutrinárias que tratam da problemática jurídica de estender ou não a sucessão aos concebidos *post mortem*, em vista da falta de posição dos Tribunais acerca do problema, por ser ele, no ordenamento pátrio, relativamente novo.

A discussão sobre a possibilidade do concebido *post mortem* ser ou não titular de direitos hereditários, como todo tema referente ao biodireito, traz grandes reflexos na sociedade, por ter grande modificação nos costumes dos homens. Assim, feitas tais considerações, se passa à análise de cada um dos capítulos para poder chegar a um consenso quanto à aplicação do Direito Sucessório aos concebidos via inseminação artificial *post mortem*.

1 BIOÉTICA E BIODIREITO

A medicina, inegavelmente, é uma das ciências que mais evolui frente aos problemas que lhe são apresentados. Devido a todas as mudanças que enfrenta e ao rápido desenvolvimento tecnocientífico aplicado na área da saúde, fez-se necessário o surgimento de uma nova área, chamada de bioética, que disciplinasse o uso imponderado de pesquisas e técnicas médicas em pacientes.

Como a medicina, o direito também está sempre em grande evolução social. Para acompanhar a repercussão de situações enfrentadas pela sociedade, as ciências jurídicas se amoldam a cada caso buscando uma solução que atenda ao bem-estar social. Com isso, surge o biodireito, novo ramo do direito, capaz de regulamentar as inovações tecnológicas que buscam a manipulação da vida humana. O biodireito se funda na limitação da prática médica de forma a assegurar a vida e a dignidade humana, sem impedir a evolução da área da saúde.

1.1 Origem e Conceito

Os avanços da medicina dados por volta de 1960 a 1970, como a criação de Unidades de Terapia Intensiva (UTI's) e os primeiros transplantes de órgãos, trouxeram à tona problemáticas que o direito ainda não havia explorado. Médicos e estudiosos da área da saúde, atentos com a evolução desenfreada da tecnologia usada em tratamentos, formaram grupos para discutir as questões atinentes a essa evolução médica. Além disso, a criação desses grupos se deu devido à preocupação com as práticas abusivas nazistas utilizadas durante a Segunda Guerra Mundial para pesquisas com seres humanos, das quais só tiveram conhecimento em 1945, com o julgamento de Nuremberg, bem como com experiências praticadas nos Estados Unidos com idosos e crianças com deficiência mental.¹

A partir daí começaram a surgir estudiosos dessa nova área da ciência, preocupados com a relação entre o homem e o ecossistema, como é o caso do oncologista Van Rensselaer Potter, o qual publicou em 1970 o artigo *Bioethics: the Science of survival* e em 1971, o livro *Bioethics: Bridge to the Future*, empregando pela primeira vez o termo bioética.² Potter tratava a bioética como a ciência da sobrevivência, sendo ela “uma nova disciplina que

¹ PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, nov. 2009, p. 250.

² SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 11.

recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano”.³ Essa disciplina facilitaria a participação do homem no processo evolucionista, permitindo um controle da tecnologia aplicada em tratamentos e experiências envolvendo seres humanos.

Apesar do neologismo bioética haver sido empregado apenas na década de 70, há relatos de que em 1907, foi criado em Londres o primeiro instituto eugênico, o qual já tratava de questões éticas envolvendo médicos e pacientes. Além disso, em 1969, o filósofo Daniel Callahan e o psiquiatra Willard Gaylin desenvolviam estudos para a regulamentação das experiências que envolviam seres humanos, focados em controlar os abusos médicos que escandalizaram os Estados Unidos,⁴ como já referido.

Assim, o que Potter quis tratar foi de uma relação que a princípio era impossível de ocorrer, entre a ciência e a humanidade, representadas respectivamente pela biologia e pela ética. O oncologista visava à criação de uma ciência que tratasse dessa relação para que a humanidade não fosse prejudicada frente aos avanços tecnológicos da medicina, bem como para não impedir que esses avanços continuassem ocorrendo. Portanto, era necessária a criação desta “ética da vida” devido ao surgimento de novas questões no âmbito da medicina, como aponta Reinaldo Pereira e Silva, posição que se transcreve:

A tese original da reflexão bioética, enquanto “ponte para o futuro”, é que é impossível separar os valores éticos (*ethics values*) dos fatos biológicos (*biological facts*), daí a explicação para a composição do neologismo: *bio* representa a ciência dos sistemas vivos, e *ethike*, o conhecimento dos sistemas de valores humanos (grifo do autor).⁵

Logo após Potter, o holandês André Hellegers criou, nos Estados Unidos, o primeiro instituto universitário de bioética, conhecido como Kennedy Institute, na Universidade de Georgetown, o qual, apesar de ser formado em uma universidade católica, era constituído de pessoas com diferentes religiões. Hellegers deu uma leitura mais específica do que Potter à bioética, preocupando-se principalmente no que tange à reprodução humana. Entretanto, a visão atual da bioética deu-se graças aos estudos de Tom L. Beauchamp e James Childress, os quais publicaram a obra *Principles of Biomedical Ethics*, trazendo os quatro princípios básicos desta ciência, os quais serão abordados posteriormente. Esses autores fugiram do

³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. rev. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 9.

⁴ PEREIRA E SILVA, Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito, p. 249.

⁵ Ibidem, p. 248-249.

caráter global que a bioética possuía, limitando sua abrangência apenas aos meios científicos utilizados pelos profissionais da saúde.⁶

Porém, antes mesmo de Beauchamp e Childress tratarem dos princípios da bioética, nos Estados Unidos, entre os anos de 1974 a 1978, foi criada a Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Biomédica e Comportamental, a qual publicou o Relatório Belmont, identificando três princípios para essa nova área da medicina.⁷ No mesmo ano, foi publicada a *Encyclopedia of Bioethics*, com coordenação de Warren Thomas Reich, que também trouxe apenas três princípios à bioética. Na primeira edição da Enciclopédia, a bioética era tratada como uma ciência que estudava a conduta humana sob o prisma de valores e princípios éticos, diferentemente da atual concepção, da edição de 1995, que a traz como o estudo das ciências da vida e da saúde com utilização de metodologias interdisciplinares.⁸

Para Maria Helena Diniz, a bioética em um sentido amplo é uma resposta da ética para as situações criadas pela evolução médica.⁹ Há quem conceitue a bioética como “o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental”.¹⁰ Esse estudo envolve questões moralmente divergentes, bem como a responsabilidade dos médicos e demais profissionais da saúde, almejando que, através do conflito de valores, chegue-se a um consenso harmonioso entre as ciências que fundamentam a bioética.

Segundo André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñeiro, a bioética não pode ser tratada como uma nova ciência, tendo em vista que ela não possui caráter epistemológico próprio, ou seja, não tem conceitos e terminologias próprias para caracterizá-la como ciência.¹¹ Seria, então, uma área da ciência biomédica, na qual estão envolvidas outras ciências. Este novo ramo biomédico tem ligação direta com a ética e a deontologia, diferenciando-se destas pelo fato da ética poder ser simplificada como o conjunto de costumes, que definem o que é ou não é correto, enquanto a deontologia relaciona-se com uma legalidade, estabelecendo condutas a serem praticadas e sanções aplicáveis aos atos reprováveis, sendo o Código de Ética Médica um exemplo desta teoria normativa. Por outro

⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9.

⁷ PEREIRA E SILVA, Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito, p. 250.

⁸ Ibidem, p. 249.

⁹ DINIZ, **O estado atual do biodireito**, p. 10.

¹⁰ MALUF, op. cit., p. 6.

¹¹ SOARES; PIÑEIRO, **Bioética e Biodireito: uma introdução**, p. 28.

lado, a bioética não tem a pretensão de punir os profissionais da saúde, nem tão pouco se afastar dos valores sócio-culturais, impedindo o avanço científico.

A bioética pode ser separada em dois grupos: a macrobioética e a microbioética. A macrobioética é um estudo amplo da bioética, o qual está diretamente ligado com o direito ambiental, sendo um modelo de conduta que pode trazer benefícios ao meio ambiente.¹² Por outro lado, a microbioética é a ética da vida humana, abordando situações que tragam bem à humanidade e aos indivíduos. Outra classificação de bioética, trazida por alguns autores, como Maria Helena Diniz,¹³ é referente à abrangência de sua temática, dividindo-a de acordo com as situações persistentes, também chamadas de cotidianas, por serem enfrentadas há muito tempo pela sociedade, e situações emergentes, as quais surgem com o avanço biomédico frente às relações humanas.

Diante da conceituação de bioética, pode-se dizer que seu principal objetivo é estudar temas pertinentes que dizem respeito à moralidade das condutas humanas aplicadas na área da saúde. As questões abrangidas por essa disciplina trazem reflexos tanto para a biologia, quanto para diversos ramos como direito, filosofia, sociologia e religião.

Como leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

A estrutura das disciplinas jurídicas, como se sabe, é passível de modificações que reflitam as mudanças havidas na própria vida humana. Quando se abre uma prática nova na experiência humana, na sociedade ou nas práticas técnicas ou científicas, não é raro, então, que esta mudança logo seja repercutida no próprio direito.¹⁴

A relação da “ética da vida” com o direito se dá em função de que este, buscando acompanhar o dinamismo social, impõe limites à práxis médica para proteger a vida e a dignidade da pessoa humana. Essa imposição não se dá com o cunho de repelir totalmente a evolução biomédica, apenas tenta evitar que ocorram abusos com o ser humano. Com essa preocupação voltada ao homem, surgiu também na década de 70, o emprego do termo biodireito, o qual tem sido definido de forma equivocada como um conjunto de regras e conceitos voltado às questões que envolvem a manipulação do meio ambiente e do corpo humano.¹⁵ Heloísa Helena Barboza também entende ser o biodireito um conjunto de

¹² CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. **Biossegurança & patrimônio genético**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 28.

¹³ DINIZ, **O estado atual do biodireito**, p. 11.

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Org.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 76.

¹⁵ Ibidem, p. 80.

instrumentos jurídicos, porém estando voltado à regulamentação da conduta humana frente aos avanços tecnocientíficos.¹⁶

A conceituação desse ramo jurídico enfrenta a problemática de que muitas vezes não se consegue dissociá-lo do direito ambiental. Em vista disso, é de suma importância, antes de iniciar a análise do biodireito, diferenciá-lo do direito ambiental, considerando que no seu surgimento ambos eram confundidos por descenderem da bioética. O direito ambiental é uma variação da macrobioética, o qual reúne instrumentos jurídicos que disciplinam as ações do homem em relação ao meio ambiente, enquanto o biodireito varia da microbioética. Os dois possuem ligação direta e até princípios comuns, mas devem ser diferenciados devido à sua abrangência. Cabe ao direito ambiental uma maior amplitude por tratar de situações envolvendo o meio ambiente, como gênero; por outro lado o biodireito trata do ser humano enquanto espécie.¹⁷

Dessa forma, o biodireito, do mesmo modo que a bioética, acaba abrangendo várias ciências, por ter um discurso que transcende a problematização jurídica. Incorporam-se ao estudo do biodireito, para a regulamentação das práticas médicas, a biologia, a ética, a sociologia, dentre outras áreas ligadas à saúde. Além disso, o biodireito compreende a relação de outras áreas jurídicas como o Direito Civil e o Direito Penal, os quais ajudam na busca de um melhor resultado na implementação de regras que digam respeito às referidas práticas, o que se pode ver na lição de Giana Lisa Zanardo Sartori:

Assim, o Biodireito se apresenta sob dois prismas: como um Direito interdisciplinar que, além da norma e não dogmático, interage com a Bioética e com outras ciências que lidam com a vida humana ou como ramo do Direito que, por normatizar, sobrepõe-se à Bioética.¹⁸

O biodireito, como ramo do direito, preocupa-se em equilibrar os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão científica, proclamados nos artigos 1º, inciso III e 5º, inciso IX, da Constituição Federal. Assim, busca-se a efetivação desses direitos em que a aplicação de um não restrinja a do outro. Seria então o biodireito, o ramo do direito que positiva a bioética, buscando atender além de normas, os ditames axiológicos impostos pela sociedade. Nesse sentido, Reinaldo Pereira e Silva assinala que

¹⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, v.8, n.2, nov. 2009, p. 212.

¹⁷ CONSTANTINOV, **Biossegurança & patrimônio genético**, p. 31.

¹⁸ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Direito e Bioética: o desafio da interdisciplinaridade**. Erechim: EdIFAPES, 2001, p. 15.

Como corolário da ecologia jurídica e como uma de suas causas pragmáticas, a originalidade do Biodireito está no reconhecimento de que a dimensão operacional do Direito não deve se nortear, pura e simplesmente, pelo critério da validade formal.¹⁹

Assim, a aplicação do biodireito não pode basear-se apenas numa norma jurídica, desvinculando-se da ética, pois como antes exposto, a ética é um conjunto de valores sociais. Deve o biodireito preocupar-se com o equilíbrio ético-jurídico para melhor atender a demanda da sociedade nas questões que envolvam a manipulação da vida.

1.2 Princípios aplicáveis

A bioética e o biodireito estão calcados em princípios que regem sua aplicabilidade. A principiologia não é a única fonte dessas disciplinas, porém, ainda, é a que merece maior destaque, visto que tanto a bioética, quanto o biodireito devem considerar e fundamentar-se em valores sociais claros, representados pelos princípios.

A principiologia é empregada com sentidos diversos, sendo por vezes confundida com o significado de norma. As normas, na lição de José Afonso da Silva, “vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.²⁰ Por outro lado, os princípios se irradiam no sistema normativo, se constituindo como fundamentos do ordenamento jurídico. José Joaquim Gomes Canotilho leciona que os princípios são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.²¹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual possui uma visão clássica, “princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”.²² Possuem tamanha força normativa, que, muitas vezes, quando confrontados com regras, acabam se sobrepondo ao direito positivo.

No campo biomédico há quatro princípios trazidos por Beauchamp e Childress em sua obra *Principles of Biomedical Ethics*, os quais acrescentaram o princípio da não-maleficência aos da autonomia, beneficência e justiça, publicados no Relatório de Belmont e na

¹⁹ PEREIRA E SILVA, Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito, p. 255.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Apud JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana** - princípio constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 59.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

Enciclopédia de Bioética.²³ Em sentido antagônico à posição de Beauchamp e Childress, há alguns autores, como Hubert Lepargneur, que refutam a aplicação desse quarto princípio:

[...] é supérfluo acrescentar aos três princípios do Relatório um quarto princípio, que seria o de abster de prejudicar o paciente; além de já estar incluído na beneficência, o princípio da não-maleficência é tão óbvio quanto o dever de fazer o bem e de evitar o mal.²⁴

Para a corrente minoritária que aplica a tríade principialista, a beneficência e a não-maleficência estão englobadas em apenas um princípio, sendo desnecessário seu desdobramento, pois se a beneficência consiste em fazer o bem, por óbvio ela busca evitar práticas nocivas. Entretanto, como a maioria da doutrina baseia-se na posição de que existem quatro princípios,²⁵ não há por que não expô-los, como se passa a fazer, um a um.

O princípio da autonomia, o mais complexo dos quatro, deve ser analisado em duas vertentes: a de tratar as pessoas com suas particularidades específicas e a de proteger os vulneráveis, ou seja, aqueles em que o seu domínio é reduzido. A autonomia diferencia-se no sentido filosófico e no sentido biomédico. Para a filosofia, que se baseia na concepção kantiana, a autonomia independe da vontade. É a capacidade que o homem tem de determinar-se conforme suas leis e sua razão.²⁶ Na visão biomédica, a autonomia diz respeito ao direito do ser humano decidir sobre sua submissão a certos tratamentos, desde que possua capacidade para isso. Portanto, para esse princípio, que está intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, o paciente deve ser respeitado em sua intimidade, devendo o profissional da saúde levar em conta os valores e crenças pessoais de cada indivíduo. O objetivo da autonomia é, portanto, considerar o pensamento do paciente sobre qualquer tratamento e proteger os incapazes de abusos médicos. Esse princípio decorre da exigência de um consentimento livre e informado, bem como da maneira de tomar decisões frente à falta de autonomia do paciente.²⁷

A beneficência é o princípio pelo qual o profissional da saúde deve respeitar a autonomia do paciente, buscando sempre o melhor tratamento para atingir o seu bem-estar,

²³ BARBOZA, Princípios da Bioética e do Biodireito, p. 211.

²⁴ LEPARGNEUR, Hubert. Apud PEREIRA E SILVA, Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito, p. 251. Nesse sentido, SARTORI, **Direito e Bioética**: o desafio da interdisciplinaridade, p. 39; e, DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos**: análise e perspectivas jurídico-filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 65.

²⁵ MALUF, **Curso de bioética e biodireito**. p. 11; DINIZ, **O estado atual do biodireito**, p. 14-15; SOARES E PIÑEIRO, **Bioética e Biodireito**: uma introdução, p. 32.

²⁶ SARTORI, op. cit., p. 40.

²⁷ DINIZ, M., op. cit., p. 14.

sem causar-lhe nenhum dano. Baseia-se na concepção hipocrática de que o médico submete seu paciente a procedimentos que busquem o seu bem e não ao uso de tais procedimentos objetivando o mal ou a injustiça. É o princípio mais antigo da bioética, o qual não admite escusas enquanto ainda houver seres humanos necessitando de intervenção médica. Pode ser traduzido no destaque dos benefícios e na minimização dos riscos.

Por outro lado, o princípio da não-maleficência, o qual é um desdobramento da beneficência, baseia-se na máxima ética *primum non nocere*, ou seja, independentemente de qualquer coisa não se deve prejudicar o paciente. Busca prevenir o dano ao paciente, porém, se levado às práticas cirúrgicas, imporá a busca do menor dano, quando este for inevitável. A não-maleficência aplicada às experimentações com seres humanos, tendo em vista a incerteza dos efeitos de novos procedimentos, entretanto, pode trazer riscos à humanidade. Diferencia-se da beneficência por ser esta um ato positivo do profissional da saúde, enquanto a não-maleficência é um ato negativo, consubstanciado na obrigação de não fazer o mal.

Por fim, o princípio da justiça pode ser definido na concepção de Giana Lisa Zanardo Sartori:

A justiça expressa duas idéias: [sic] a primeira que assegura igual respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde de todos os pacientes; a segunda, se refere ao papel do Estado, ou seja, a obrigatoriedade de uma eqüitativa [sic] distribuição de verbas para a saúde, a fim de proporcionar um atendimento adequado às pessoas.²⁸

Esse princípio tem ligação direta com a igualdade, a qual tem suas raízes calcadas no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. A justiça se dá quanto à imparcialidade no momento de distribuir riscos e benefícios entre os pacientes. Sua problemática ocorre em função de como estabelecer as diferenças entre os iguais e desiguais, pois sempre ocorrerá casos em que algumas pessoas serão submetidas a tratamentos diferenciados, conforme a desigualdade existente entre elas. Uma das desigualdades diz respeito à capacidade econômica do paciente, tendo por solução o financiamento de hospitais públicos para atendimento adequado àqueles que não possuem condições econômicas de se submeter a tratamento particular.

A observação dos princípios bioéticos é obrigatória nos casos concretos, devendo ser respeitada a hierarquia que uns têm sobre os outros. A autonomia e a beneficência servem

²⁸ SARTORI, **Direito e Bioética**: o desafio da interdisciplinaridade, p. 45.

como o melhor exemplo de conflito dessa hierarquia principiológica, devendo ser equilibrada para atingir o melhor resultado das práticas biomédicas. Imagine-se o caso em que um paciente, devido às suas crenças, não aceite se submeter a um tratamento indispensável para a sua cura, ignorando a sua beneficência. O médico fica dividido em sua obrigação de dar o melhor tratamento ao paciente, sem causar-lhe dano, ou respeitar a vontade daquele. Nesse caso, de grande complexidade, a única forma de equilibrar os dois princípios se dá através do diálogo, pois qualquer atitude tomada pelo médico acarretará sua responsabilidade, podendo ser punido tanto se desrespeitar a autonomia do paciente, quanto se abdicar da melhor técnica para a sua cura.

Assim, os princípios bioéticos foram divididos conforme o seu caráter deontológico (não-maleficência e justiça) e teleológico (beneficência e autonomia). A ética deontológica indica os deveres que o profissional da saúde deve ter com o paciente, enquanto a teleológica trata dos fins, com base nos quais os atos desses profissionais devem estar fundamentados.

Outra classificação dos princípios aplicáveis à bioética e ao biodireito aparece nas obras do espanhol Diego Gracia que os divide em privados (autonomia e beneficência) e públicos (não-maleficência e justiça).²⁹ Para referido autor, os princípios de ordem pública referem-se a uma coletividade, enquanto os de ordem privada são inerentes a cada indivíduo, devendo aqueles ter prioridade sobre esses.

Enquanto a bioética tem seus princípios solidificados em uma enciclopédia, divergindo os autores apenas quanto à existência de um quarto princípio, o biodireito tem no princípio da dignidade da pessoa humana sua base principiológica, ocupando-se também de alguns princípios norteadores do Direito Ambiental, tais como: ubiquidade, cooperação entre os povos, preservação da espécie humana, precaução e prevenção.³⁰

A ubiquidade para o Direito Ambiental é um princípio onipresente, sendo que qualquer agressão ao meio ambiente reflete-se para o mundo todo, independente da localidade em que ocorreu o ato. Para o biodireito, esse princípio também é onipresente, pois qualquer experimentação científica pode trazer mudanças no DNA (ácido desoxirribonucleico) humano, ocorrendo mutações indesejáveis. Sendo assim, o patrimônio genético deve ser protegido por esse princípio.

A cooperação entre os povos consolida a união do princípio bioético da justiça com o princípio da ubiquidade, consistindo na soma de forças dos países para o avanço

²⁹ GRACIA, Diego. Apud SOARES; PIÑEIRO, **Bioética e Biodireito**: uma introdução, p. 32

³⁰ CONSTANTINOV, **Biossegurança & patrimônio genético**, p. 34.

tecnocientífico na área do biodireito. Esse esforço mundial deve proteger o ser humano, fiscalizando as experimentações e custeando as pesquisas necessárias ao desenvolvimento biomédico.

Quanto ao princípio da preservação da espécie humana, pode-se dizer que é a adequação do princípio do desenvolvimento sustentável, fonte do Direito Ambiental, ao biodireito, por se tratar da busca pela manutenção das características essenciais do ser humano, limitando o uso de experiências científicas que possam alterar as características humanas.³¹

Os princípios da precaução e da prevenção podem ser abordados de forma conjunta, visto que por vezes seus conceitos são confundidos. Reza a prevenção que só podem ser realizadas experimentações científicas se houver reversibilidade de seus danos, do contrário, não haverá possibilidade de aplicação de novas tecnologias na área da saúde. De outro lado, a precaução trata da coibição de atividades em que os efeitos são desconhecidos.

Tratando dos princípios comuns ao direito ambiental e ao biodireito, passa-se ao estudo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sustentáculo do biodireito. O princípio da dignidade está inserido na Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.³²

Traduz-se a dignidade como o maior bem que o homem possui após a vida, apesar de alguns juristas crerem que ambas se equiparam.³³ Pode-se dizer que a dignidade consiste em “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”.³⁴ É um preceito constitucional fundado na ética e moral individual que solidifica os demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Com efeito, “o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que

³¹ CONSTANTINOV, **Biossegurança & patrimônio genético**, p. 31.

³² 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; [...]. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

³³ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-55. Para Reis “a dignidade é um valor-fonte, bem como, condição necessária para ocorrer perfeita interação entre os seres humanos”. REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACIOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana – diálogo entre a ciência e o direito**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 28. No direito internacional a dignidade também é trazida como princípio supremo, como bem lembra Krell: “na Alemanha, há vários autores que não admitem uma ponderação da dignidade humana atribuindo-lhe uma natureza absoluta”. KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 88.

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 22.

significa este ser humano”.³⁵ Esse princípio passou por um processo de racionalização sem perder seu foco principal. Assim, a dignidade solidifica-se como um atributo inerente ao homem pelo simples fato dele ser humano, independentemente de suas diferenças para com os outros, não necessitando estar positivada para sua eficácia. Porém, quando amparada legalmente, sua otimização prevalece diante dos demais princípios.³⁶ É, em síntese, o reconhecimento do valor supremo do homem na sua essência.

Nesse sentido, o biodireito orienta-se na busca da positivação desse preceito constitucional para as relações médico-paciente e médico-família, sem deixar de lado os demais princípios que o norteiam. Por fim, vale ressaltar que esse novo ramo jurídico também está calcado nos princípios bioéticos, antes expostos, já que essa disciplina jurídica positiva a bioética.

1.3 Problemáticas ético-jurídicas atuais

A inclusão das disciplinas da bioética e do biodireito na sociedade atual tem causado revolução, pois seus temas ultrapassam o interesse de estudiosos de suas respectivas áreas científicas. Devido ao seu caráter revolucionário, desestruturam-se diversas concepções sociais. No que diz respeito à religião, a Igreja Católica, inicialmente, repudiou novas experiências científicas, posicionando-se apenas num segundo momento, de forma menos rigorosa às referidas práticas.³⁷ A opinião da Igreja acabou por influenciar a sociedade, que também resistiu às primeiras experiências científicas. Assim, torna-se impossível desvencilhar a moral e a religião dos casos que envolvem clonagem humana, aborto, eutanásia, entre outras situações abordadas por estas disciplinas.

As questões abrangidas na bioética são inúmeras e tendem a aumentar conforme o desenvolvimento biomédico. É certo que com o passar dos anos algumas já estarão pacificadas e, provavelmente, regulamentadas pelo direito positivo. O biodireito como regularizador da bioética, enfrenta posicionamentos diversos, sendo que a regulamentação de normas envolvendo questões inerentes a ele, por vezes não ocorre por faltar certo amadurecimento social acerca de suas ideias. Entretanto, a sociedade não pode se privar de

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo: ESDC, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br> >. Acesso em 26 jun. 2011.

³⁶ JACINTHO, **Dignidade humana** - princípio constitucional, p. 134.

³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 71.

encarar novas discussões a respeito dos assuntos tratados pela bioética, independentemente de sua complexidade, pois isso pode comprometer o futuro da ciência.³⁸

Sabe-se que a manipulação de organismos possibilitou um dos maiores avanços tecnocientíficos que já ocorreram na área da saúde. Essa manipulação, que principiou em vegetais e animais, é a principal fonte de discussões envolvendo as disciplinas ético-jurídicas, pois intervém artificialmente na ordem natural do ser humano buscando fortalecê-lo. O que intriga a sociedade reside na falta de precisão dos riscos de novos tratamentos, principalmente pelo mau uso das tecnologias.³⁹ E é a partir da manipulação genética, somada aos princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana que emerge a problemática atual da bioética e do biodireito.

O direito à vida se apresenta como o princípio superior, apesar de sua hierarquia ser questionável quando se fala em dignidade da pessoa humana, como já foi mencionado, estando inserido na Carta Magna como um direito fundamental. A vida, para o constitucionalista Alexandre de Moraes “é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.⁴⁰ O direito à vida no âmbito jurídico encontra proteção, além da Constituição Federal (artigo 5º), nos Códigos Civil (artigo 2º) e Penal (artigos 121 a 128). Dessa forma, será explanado sucintamente sobre algumas das questões ético-jurídicas com maior repercussão social na bioética e no biodireito.

O nascituro, apesar de não possuir personalidade civil, tem seus direitos garantidos,⁴¹ entre eles a própria vida, por isso, as práticas abortivas são proibidas no direito pátrio. Essa proteção ao nascituro é relativizada quando a legislação pondera os seus direitos com os da mulher grávida, considerando os efeitos que o nascimento da criança pode gerar, permitindo assim o aborto necessário e sentimental.⁴² O problema exteriorizado pelo aborto é de que por configurar, de regra, prática criminosa, algumas gestantes procuram clínicas clandestinas, para interromper a gravidez indesejada, colocando sua saúde em risco, o que faz com que alguns movimentos defendam a descriminalização do aborto. As discussões a respeito da

³⁸ SOARES; PIÑEIRO, **Bioética e Biodireito**: uma introdução, p. 67.

³⁹ HIRONAKA, As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões, p. 78.

⁴⁰ MORAES, **Direito constitucional**, p. 35.

⁴¹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2011.

⁴² Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2011.

legalidade ou não do aborto são relevantes ao biodireito, o qual deve fazer um paralelo do direito à vida do nascituro com a autonomia de vontade da gestante. Nos casos de aborto de anencéfalo, a discussão se dá entre a dignidade da grávida, garantindo a manutenção da sua saúde física e mental e a vida do feto que apesar da má-formação, é juridicamente considerado.

A experimentação científica em seres humanos, que foi o ponto de partida para a criação da bioética tem por objetivo desenvolver técnicas que possibilitem a cura de diversas doenças.⁴³ Foi para regular essas experiências que o Conselho Federal de Medicina aprovou o Código de Ética Médica, estabelecendo as regras para as relações entre médicos e pacientes.⁴⁴ As pesquisas com células-tronco geram polêmica nos casos de utilização de células obtidas de embriões, mesmo que a Lei de Biossegurança permita a sua utilização, desde que os embriões já estivessem congelados anteriormente à sua vigência, ou seja, antes de 2005.

A reprodução humana assistida também gera grandes discussões no cenário jurídico. A primeira delas é quanto às técnicas existentes, que podem ser feitas via intrauterina ou *in vitro*, esta, de forma extracorpórea. A fertilização *in vitro* pode acarretar seríssimos debates acerca de questões como o direito à disposição de material fertilizante, riscos à saúde da doadora que se submete a técnicas que podem provocar superovulação, entre outros problemas.

Além disso, por haver reprodução assistida homóloga, feita com gametas do casal, e heteróloga, feita com gametas de terceiros, há complexidade no uso de material genético nessa última forma de fertilização, por gerar conflituosidade dentro do casamento, podendo o cônjuge masculino alegar a não-paternidade, ou até mesmo a infidelidade da mulher.⁴⁵ Várias são as divergências existentes na reprodução assistida, que geram efeitos diretos no Direito de Família e Sucessório, como será abordado posteriormente.

Como já foi dito, cabe ao direito acompanhar o desenvolvimento social regulamentando as questões atinentes à bioética, repelindo o que for contrário aos princípios que o norteiam. Nos casos em que o direito se depara com questões que envolvam conflitos de grande complexidade, como os abordados pela bioética, deverá abrir espaço a debates para atingir um consenso, pesando qual direito vale mais, para buscar atingir uma justiça social.

⁴³ MALUF, **Curso de bioética e biodireito**, p. 176.

⁴⁴ Capítulo I [...] VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em 27 jun. 2011.

⁴⁵ DINIZ, **O estado atual do biodireito**, p. 505.

Assim, feitas as considerações sobre a bioética e o biodireito, passa-se à análise da problemática em torno do direito à procriação e da inseminação artificial, diferenciando-a dos demais métodos de reprodução humana assistida, buscando mesclar a concepção médica com a jurídica, inclusive no direito comparado, para poder responder aos dilemas sociais enfrentados na aplicabilidade desta técnica.

2 DIREITO À PROCRIAÇÃO E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A procriação é o direito que o ser humano tem de dar continuidade à sua vida e de seus antepassados, através da concepção de um novo ser. Como sua realização nem sempre é possível através de meios naturais, a medicina buscou formas de possibilitar às pessoas estéreis e inférteis a oportunidade de gerar filhos. Assim nasceu a reprodução humana assistida, proporcionando aos portadores de tais doenças uma vida digna através da realização de seu desejo por ter filhos.

Com toda essa evolução no campo médico, faz-se necessário que haja uma regulamentação acerca de tais técnicas, pois o direito, como já exposto, deve estar sempre em transformação para acompanhar a sociedade, impondo limites à medicina para que não seja prejudicada a vida humana. Além disso, o avanço tecnocientífico traz novas questões a serem discutidas na área jurídica, como é o caso da inseminação artificial *post mortem*, devendo levar a um consenso sobre a possibilidade de sua aplicação como caminho para a procriação.

2.1 Direito ao planejamento familiar e direito de procriar

A procriação, desde os primórdios da humanidade, sempre foi bem vista aos olhos dos homens, pois é através dela que se perpetua a existência humana, tanto é que a mulher fértil, na antiguidade, era considerada como a própria mãe natureza, capaz de gerar novos seres⁴⁶. Como lembra Maria Helena Machado, a procriação era tão importante “que o casamento era obrigatório e tinha como objetivo único o nascimento de filhos”,⁴⁷ diferentemente da concepção atual do instituto. Por outro lado, a esterilidade sempre foi concebida como algo negativo, sendo considerada como um castigo, devendo as mulheres estéreis ser banidas da sociedade.

A preocupação com a esterilidade é tão antiga que está presente nos primeiros documentos de leis já encontrados. No Código de Hamurabi, era permitida a intervenção de terceiro para a procriação, enquanto no Código de Manu, para se garantir a descendência, permitia-se que nos casos em que o homem fosse estéril seu irmão inseminasse sua mulher.⁴⁸ Em ambas as situações era aceita a esterilidade masculina. Diverso era o tratamento que os

⁴⁶ LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 17.

⁴⁷ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 22.

⁴⁸ MALUF, **Curso de bioética e biodireito**, p. 153.

povos grego e romano davam à esterilidade, atribuindo somente à mulher a culpa de não poder gerar filhos, ocupando esta uma posição inferior, podendo ser repudiada pelo próprio marido.

Durante séculos o problema referente à incapacidade de gerar continuou sendo atribuído à mulher, sendo que no ano de 1590, com a invenção do microscópio por Leenwenhoek, começou a ser estudada a esterilidade conjugal. Um século depois, Johann Ham afirmou que a esterilidade ocorria também pela ausência de espermatozoides. Entretanto “somente no século XVII se admitiu, pela primeira vez, que a esterilidade não era só feminina, mas também masculina”.⁴⁹ Com isso, abriu-se um caminho diverso do que foi traçado por anos, fazendo com que pesquisadores ampliassem seus estudos para que casais que sofressem de alguma patologia tivessem a oportunidade de gerar um filho. Assim, surgiu a reprodução humana assistida, que, na lição de Adriana Caldas do Rego Freitas Maluf, pode ser conceituada como

[...] a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade.⁵⁰

Nos casos em que casais não conseguem procriar de forma natural, por terem alguma doença que acarrete sua esterilidade ou infertilidade, os mesmos têm a oportunidade de recorrer à medicina para realizar o sonho de gerar um filho, exercendo assim seu direito constitucional de planejamento familiar.⁵¹ A conceituação de planejamento familiar dá “a idéia [sic] de regulação de nascimentos, contracepções, esterilização e outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutivas”,⁵² facultando aos casais decidir sobre o momento de ter ou não filhos e a forma como procriarão, sendo vedada a qualquer pessoa interferir na sua decisão.

Assim, o planejamento familiar não diz respeito apenas às questões envolvendo reprodução natural, mas também aos casos em que se utilizam as técnicas de reprodução assistida. Como aduz Maria Berenice Dias, “o acesso aos modernos métodos de **concepção**

⁴⁹ LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 18.

⁵⁰ MALUF, **Curso de bioética e biodireito**, p. 153.

⁵¹ 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. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

⁵² KRELL, **Reprodução humana assistida e filiação civil**, p. 107.

assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade” (grifo do autor).⁵³ Nessa ideia de planejamento familiar, está inserido o direito de procriar, o qual também “é direito subjetivo, garantido constitucionalmente”.⁵⁴

O direito reprodutivo foi inicialmente tratado de forma negativa, como o controle social sobre o número de filhos de um casal, sendo interpretado mais tarde de forma positiva, tratando também da escolha do método a gerar esses filhos.⁵⁵

Desse modo, com o avanço tecnocientífico, casais que sofrem de alguma doença que impede sua procriação têm duas opções diversas que podem recorrer: a reprodução humana assistida ou a adoção. A adoção é um gesto de amor, constituindo um vínculo parental análogo ao vínculo biológico, porém a maioria dos casais escolhe a primeira opção, ou seja, recorre à ciência para atingir seu desejo parental. Com isso, por vezes, além do sofrimento psicológico imposto pela esterilidade, esses casais são criticados por aqueles que acreditam que enquanto há crianças a serem adotadas, a reprodução artificial não deveria ser permitida. Entretanto, o desejo de ter filhos remonta ao princípio bioético da autonomia, podendo o particular decidir a melhor forma de perpetuar-se. Além disso, o abandono de menores deve ser atribuído ao Estado, por ser um problema público, não podendo ser imposto aos particulares.

Com a ascensão da autonomia, nasce o que hoje é chamado de direito de procriar, fruto da ideia sobre planejamento familiar. A procriação consiste em “um procedimento que tem por finalidade a transmissão da vida de geração a geração, compreendendo desde a fecundação até o nascimento, crescimento e criação de um novo ser”.⁵⁶ O desejo de procriar é inerente ao ser humano, o qual se revela desde a infância em brincadeiras, como quando as meninas cuidam de suas bonecas. Em sentido mais radical, encontra-se a posição inserida na Constituição Americana que “parte da premissa de que cada pessoa tem o direito de procriar, como de não procriar, encontrando tal direito fundamento na liberdade pessoal”,⁵⁷ caracterizando uma liberdade negativa.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 326.

⁵⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edison; BORGES, Janice Silveira. Alteração de vontade nas técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 229.

⁵⁵ BARBOZA, 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, p. 158.

⁵⁶ RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, op. cit., p. 228.

⁵⁷ BARBOZA, op. cit., p. 157.

Com a evolução a respeito do conceito de família, atualmente a interpretação do parágrafo 7º, do artigo 226, da Constituição Federal, é estendida aos casos em que mulheres solteiras procuram exercer o direito ao planejamento familiar, constituindo assim, famílias monoparentais. Sobre essa questão deve ser feita profunda análise devido ao conflito de direitos da mulher e da criança. Primeiro, se analisado o direito reprodutivo sob a ótica da igualdade, “impõe concluir não ser admissível negar a uma mulher o uso das técnicas de procriação assistida somente pelo fato de ela ser solteira”.⁵⁸ Entretanto a temática acerca da utilização de técnicas de reprodução em mulheres solteiras, para a garantia de direito pessoal seu, encontra dificuldades frente ao princípio do melhor interesse da criança. Esse princípio impõe que qualquer decisão que diga respeito ao planejamento familiar deve levar em conta a situação em que se encontrará a criança, para que não acarrete à mesma danos psicológicos.

Mesmo com as dificuldades impostas não deve ser descartada a possibilidade de regulamentação para que mulheres solteiras sejam fertilizadas artificialmente, em vista de que essa temática ainda sofre discussões sociais. Deve-se buscar uma solução para esse conflito de direitos, de forma que limite a utilização de técnicas artificiais de reprodução, sem negar o direito reprodutivo à mulher solteira, pois não há como afirmar, com certeza, que a criança concebida numa família monoparental sofrerá qualquer tipo de dano.

Para Jussara Maria Leal de Meirelles, a procriação assistida “deve representar a última alternativa para a pessoa procriar, e não simplesmente um modo alternativo de reproduzir”.⁵⁹ Nesse sentido, em razão da sua terapêutica, a reprodução assistida deve ser inserida no artigo 196, da Constituição Federal, como conceito de saúde, garantido a todos e dever do Estado.⁶⁰ Assim, pode-se dizer que saúde não é somente falta de doença, mas também deve ser traduzida no bem-estar físico e mental.

Com o explanado, observa-se que o direito de procriar, como liberdade do planejamento familiar, pode ser realizado, quando não de forma natural, através da reprodução humana assistida. Assim, passa-se ao estudo acerca das técnicas de reprodução humana, as quais visam o tratamento da esterilidade e infertilidade.

⁵⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania** – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 394.

⁵⁹ Ibidem, p. 395.

⁶⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

2.2 Técnicas de reprodução humana assistida

A reprodução humana assistida, como antes explanado, nasceu para possibilitar a homens e mulheres que não conseguem ter filhos, a realização de seu desejo pela parentalidade. Com isso, o campo biomédico buscou resultados eficientes para o tratamento dessas pessoas, surgindo várias formas de reprodução assistida.

A realização do direito à parentalidade “consiste em uma das justificativas para o uso das técnicas de reprodução assistida por quem deseja ter um filho”.⁶¹ A procriação pela forma natural nem sempre é possível, pois como demonstram dados médicos, cerca de “um entre cada seis casais no mundo ocidental apresenta problemas de fertilidade e para 20% desses, o único modo de tratamento é a reprodução assistida”.⁶² Em vista disso, antes de adentrar no campo das técnicas artificiais de reprodução, é imprescindível o estudo acerca da esterilidade e infertilidade.

Os casos de esterilidade e infertilidade, doenças estas que normalmente são conceituadas de forma igual, são as principais barreiras ao método reprodutivo natural. A esterilidade ocorre quando casais há mais de dois anos mantendo relações sexuais, sem métodos contraceptivos, não conseguem obter a gravidez. É a “impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível”.⁶³ Por outro lado, a infertilidade traduz-se quando o casal consegue engravidar, porém a mesma não chega ao final.⁶⁴

Apesar do problema envolvendo a esterilidade e a infertilidade ter sido mais acentuado antigamente, ele ainda preocupa os casais, pois como foi dito, procriar é um desejo que o ser humano tem, mesmo que em seu subconsciente. Quando homens e mulheres descobrem ser estéreis, os mesmos são acometidos por um sentimento de reprovação e culpa, pois além da discriminação interna, eles sofrem pressões de familiares e amigos devido à falta de filhos.

As causas que originam a infertilidade em homens e mulheres ocorrem por motivos diferentes. Nas mulheres, a principal causa “é a de origem endócrina, que pode atingir tanto órgãos específicos do aparelho reprodutor, como outras glândulas de secreção interna”.⁶⁵ O

⁶¹ RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, Alteração de vontade nas técnicas de reprodução humana assistida, p. 229.

⁶² PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

⁶³ MACHADO, **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**, p. 20.

⁶⁴ NEUSPILLER, Fernando; ARDILES, Gerardo. Conceitos e Epidemiologia em Medicina Reprodutiva. In: SCHEFFER, Bruno Brum, et al. (Org.). **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Editora Atheneu, 2003, p. 2.

⁶⁵ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 230.

fator psicológico, bem como a obesidade, tireoides e drogas também são causas de infertilidade feminina. Para os homens, a infertilidade se dá por problemas testiculares, dificuldades na produção e transporte dos espermatozoides, entre outros.⁶⁶ Com isso, passa-se a uma análise superficial sobre as técnicas de reprodução humana assistida, por não ser essa a finalidade essencial do presente trabalho.

As técnicas de reprodução humana assistida são basicamente a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, transferência intratubária de gametas, transferência intratubária de zigotos e injeção intracitoplasmática de espermatozoide.⁶⁷ Mesmo com diversos métodos de eficácia comprovada, os mais utilizados ainda são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

A inseminação artificial é o método mais antigo de reprodução assistida. Há relatos de que J. Marion Sims, no ano de 1866, concretizou a primeira gravidez através de meios artificiais, a qual terminou em aborto.⁶⁸ Com a descoberta da possibilidade de tratar da esterilidade e infertilidade, começaram a surgir vários estudos acerca desse método reprodutivo. O vocábulo inseminação tem origem “da expressão latina *inseminare*, com o prefixo *in* significando ‘dentro’ e *sêmen*, que quer dizer ‘semente’” (grifo do autor).⁶⁹ Essa técnica, portanto, consiste na retirada do sêmen do marido ou de terceiro para implantá-lo no canal genital da mulher através de um cateter.

A inseminação artificial atualmente é indicada quando há deficiência na ejaculação, malformação congênita, escassez de espermatozoide, entre outros problemas que acarretam a infertilidade. Como lembra Eduardo de Oliveira Leite,

Antes de submeter um casal ao processo de inseminação artificial, os centros de procriação artificial devem se assegurar que efetivamente o único tratamento capaz de contornar a infertilidade é a inseminação.⁷⁰

Para saber se a técnica é realmente necessária, os laboratórios especializados buscam antes de iniciar o processo artificial propriamente dito, realizar estimulação hormonal e exames para descobrir o motivo de não ter ocorrido a reprodução natural. Após, caso a inseminação seja realmente a única solução, realizam novos exames, para detectar doenças contagiosas, com o fim de não contaminar a mãe e a criança, baseado no princípio de *primum*

⁶⁶ ALVARENGA, Considerações sobre o congelamento de embriões, p. 231.

⁶⁷ MALUF, **Curso de bioética e biodireito**, p. 157.

⁶⁸ MACHADO, **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos, p. 30.

⁶⁹ VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 15.

⁷⁰ LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 34.

non nocere. Esses procedimentos cabem a qualquer técnica de reprodução assistida, que também só deverão ser utilizadas após esgotarem-se os recursos naturais, devendo gozar da máxima cautela em sua aplicação para evitar prejuízos ao casal e ao futuro bebê, como leciona António Carvalho Martins:

[...] apesar do sucesso da reprodução assistida, que gera grande interesse na população, esta deve ser vista com cautela, pois o uso de uma liberdade, constitucionalmente garantida, pode lesar interesses ou bens jurídicos fundamentais ao homem, a saber, a própria vida, a integridade física e moral, a privacidade, o conhecimento de sua origem biológica, o acesso à biparentalidade, entre outros.⁷¹

Outra técnica utilizada na busca do tratamento da esterilidade e da infertilidade é a fertilização *in vitro*, também conhecida como bebê-de-proveta. A fertilização *in vitro* não deve mais ser considerada como um evento separado, em vista do grande número de concepções originadas desta técnica. A primeira gestação pela fertilização *in vitro* ocorreu em 5 de julho de 1978, na Inglaterra, com o nascimento de Louise Joy Brown, trazendo uma reação no mundo biomédico, o qual se preocupou em ampliar a utilização desta técnica reprodutiva, sendo a década de 1980, marcada pelo predomínio de sua utilização.⁷²

Seu procedimento, nas palavras de Roberto Wider,

[...] consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizando-os numa placa de Petri, para os mesmos, quando já transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora. Quando o zigoto se implanta com sucesso e se torna embrião, a gravidez progride do mesmo modo que aquela naturalmente conseguida.⁷³

A fertilização extracorpórea deve ser utilizada quando a mulher possui problemas nas trompas de Falópio, endometriose e ovários policísticos.⁷⁴ Seu procedimento sofre críticas por possuir maior incidência de gravidez múltipla e de aborto espontâneo, comparada às demais técnicas.

A transferência intratubária de gametas é a técnica indicada a mulheres que possuem pelo menos uma trompa saudável, pois os espermatozoides e os oócitos captados são

⁷¹ MARTINS, António Carvalho. Apud MALUF, **Curso de bioética e biodireito**, p. 160.

⁷² LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 42.

⁷³ WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 8.

⁷⁴ MALUF, **Curso de bioética e biodireito**, p. 158.

transferidos para a tuba uterina, na qual ocorrerá a fertilização natural.⁷⁵ Por outro lado, a transferência de zigotos, ocorre quando os dois tipos de gametas são colocados em contato, *in vitro*, para originar um zigoto, que será transferido para o interior das trompas da mulher. Assim, a transferência de gametas e a de zigotos, diferenciam-se por ocorrer na primeira, a fertilização dentro do corpo humano, e, na segunda, via extracorpórea.

Por fim, a injeção intracitoplasmática de espermatozoide é indicada nos casos de hipofertilidade masculina, sendo a técnica mais avançada atualmente por possibilitar a paternidade a homens, que antes de sua descoberta eram considerados irreversivelmente estéreis. Seu procedimento consiste na “injeção de espermatozóide [sic] diretamente dentro do citoplasma do óvulo, através de uma agulha”.⁷⁶

Outra classificação de reprodução humana assistida é quanto à origem do produto utilizado para sua ocorrência, podendo ser homóloga ou heteróloga. A reprodução assistida homóloga ocorre nos casos em que o “sêmen e o óvulo utilizados para a realização da técnica reprodutiva forem do casal e heteróloga (extraconjugal) quando o sêmen e/ou o óvulo utilizado for de um terceiro”.⁷⁷ Esta hipótese torna possível que casais, em que um ou ambos os parceiros não tenham produto reprodutivo suficiente, venham a socorrer-se com óvulo ou espermatozoide de terceiros, que permanecerão no anonimato. O produto de terceiros, bem como do próprio casal que deseja procriar, mas ainda não escolheu o momento certo, fica depositado em bancos de sêmen para futuramente ser implantado. O material genético permanece armazenado a aproximadamente uma temperatura de -196° C, o que possibilita sua utilização no momento escolhido pelo casal.⁷⁸

Assim, como aduz Juliane Fernandes Queiroz,

O banco de sêmen, portanto, funciona como um armazém de espermatozoides [sic] que serão utilizados nas várias técnicas de reprodução. A sua existência se justifica tanto para armazenar o material de inseminações artificiais homólogas, quanto o de inseminações heterólogas, constituindo-se procedimento complementar da técnica de inseminação, ocorrida em caso de infertilidade masculina.⁷⁹

⁷⁵ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 220.

⁷⁶ MACHADO, **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**, p. 47.

⁷⁷ RODRIGUES JÚNIOR; BORGES, **Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida**, p. 230.

⁷⁸ LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12, n. 65, abr-mai. 2011, p. 36.

⁷⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte de seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 279.

Nos casos em que o homem sofrerá algum procedimento cirúrgico que possa torná-lo estéril, ou quando o casal ainda não pretende ter filhos, mas em vista da idade teme diminuir a capacidade reprodutiva, a criopreservação se torna uma opção eficaz e legal para oportunizar a parentalidade.

Outra consequência trazida pela reprodução homóloga e heteróloga é quanto à presunção em matéria de filiação. As presunções de maternidade traduzida na máxima romana *mater semper certa*, e de paternidade, *pater is est quem nuptiae demonstrant*, alteram seu significado frente às tecnologias empregadas para a reprodução. Assim, a maternidade que era atribuída à mulher que gerava a criança, agora passa a ser da mulher que registra, devido à reprodução heteróloga, utilizando produto genético de outra mulher e também à gestação de substituição.⁸⁰ Quanto à presunção de paternidade, na qual pai é sempre o marido da mãe, há que se tratar de dois pontos. Primeiro essa visão é extremamente antiga, pois não estende aos casos de união estável a presunção de paternidade.⁸¹ O outro ponto relevante diz respeito às técnicas de reprodução assistida, tendo em vista que nem sempre o marido ou o companheiro, incluindo nesse ponto a união estável, consentem com a utilização de material genético de terceiros para procriar. Nessa seara se aplica o antes referido direito de não procriar. Caso o homem consinta com a técnica utilizada, presume ser seu, o filho da sua mulher ou companheira.

Entretanto, para que possa ocorrer a presunção de paternidade sem que futuramente o homem venha a questioná-la é necessário o seu consentimento informado, o qual está inserido na Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, como um dos princípios gerais.⁸² Na lição de Carlos María Romeo Casabona, o consentimento não passa da “manifestação da vontade e da livre concorrência de vontades entre as partes de uma relação, isto é, da autonomia, própria das relações jurídico-privadas nos negócios jurídicos, em particular no contrato”.⁸³ Esse conceito geral dá a ideia de que para ocorrer a reprodução

⁸⁰ LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.4, n.13, abr/jun. 2002, p. 145.

⁸¹ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 328.

⁸² **I - PRINCÍPIOS GERAIS**

[...] **3** - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida. BRASIL. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

⁸³ CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 128.

humana assistida, tanto homóloga quanto heteróloga, deve haver a celebração de um contrato entre as partes interessadas e a clínica médica especializada.

Assim, “quem *autorizou* a reprodução humana científica não tem o direito de negar a paternidade e/ou maternidade, porque emitiu sua vontade no nascimento do filho” (grifo do autor).⁸⁴ Porém, a manifestação pela vontade de procriar pode ser retratada desde que ainda não tenha ocorrido a formação de embriões, pois após formados não podem ser meramente descartados por estarem protegidos. Essa proteção se encontra no artigo 2º, do Código Civil, sendo que “todos os direitos elencados no ordenamento jurídico pátrio de proteção ao nascituro, enquanto não estabelecido um Estatuto do Embrião, podem e devem ser estendidos igualmente aos embriões”.⁸⁵

Há também quem entenda que a gestação substitutiva é uma técnica de reprodução assistida.⁸⁶ A gestação substituta consiste no método em que é feita a fertilização *in vitro* e implantado o produto genético em uma terceira pessoa, para que possa ser concebido o novo ser, porque a mulher não tem condições fisiológicas para gestar, como no caso de falta de ovários. A prática também conhecida como “barriga-de-aluguel” tem seus limites impostos pela Resolução nº 1.957, do Conselho Federal de Medicina, que proíbe que as doadoras do útero cobrem pela gravidez, impedindo assim a comercialização dessa prática, e que essas doadoras não sejam parentes da mãe biológica.

As implicações trazidas pela reprodução humana assistida são inúmeras, como gestação múltipla, acarretando problemas de saúde pública, prematuridade das crianças nascidas por essas técnicas, alto custo para a saúde pública, inseminação *post mortem* nos casos em que ela for homóloga, entre tantos outros. Com isso, torna-se necessário que o Direito, como instrumento efetivo, lecione sobre novas regras, para regulamentar os avanços tecnocientíficos. Nesse sentido, Mauro Nicolau Júnior,

O papel do Direito não é o de cercear o desenvolvimento científico, mas justamente o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre os avanços biomédicos da Humanidade enquanto tal, e como tal, portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados.⁸⁷

⁸⁴ WELTER, **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva**, p. 235.

⁸⁵ CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana** – diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2006, p. 89.

⁸⁶ WELTER, op. cit., p. 222-223.

⁸⁷ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Inseminação Artificial, Clonagem do Ser Humano e Sexualidade – Os Efeitos Produzidos na Família, do Presente e do Futuro. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12, n. 65, abr-mai. 2011, p. 56.

A escassez legal sobre a reprodução humana assistida torna-se um fator preocupante no Brasil, pois até então, apenas a Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, trata das técnicas de reprodução, no âmbito da ética médica. Dessa forma, se passa à análise da inseminação artificial *post mortem* e sua regulamentação no direito pátrio e no direito comparado.

2.3 Inseminação artificial *post mortem* e tratamento jurídico

A inseminação artificial homóloga não gera maiores conflitos jurídicos do que a heteróloga. Entretanto, quando o assunto é a inseminação feita após a morte do titular do esperma, se está diante de um dos maiores problemas existentes no campo bioético. O método de inseminação artificial *post mortem* consiste na “utilização de sêmen ou embriões criopreservados em inseminação artificial após a morte do marido ou do companheiro”.⁸⁸

A primeira vez que se falou sobre inseminação *post mortem* foi em 1984, na França, com o famoso caso Parpalaix. Alain Parpalaix descobriu estar acometido de câncer nos testículos, o que poderia gerar sua esterilidade. Assim, resolveu depositar seu esperma no Centro de Estudo e Conservação do Esperma. Entretanto, Alain faleceu e sua viúva, Corine, teve negada a solicitação para que referido Centro de Estudo lhe entregasse o material genético de seu esposo. Com isso, Corine recorreu ao Tribunal de Créteil que condenou aquela instituição a entregar o sêmen de Alain, por estar descumprindo o contrato de depósito de material genético.⁸⁹

Diante do caso Parpalaix, começou a ser debatida a questão sobre a possibilidade de ocorrer disponibilidade de material genético após a morte do seu titular, uma vez que “não há amparo legal para a retenção do material genético por parte do banco de sêmen, por lhe faltar subjetividade”.⁹⁰ Significa dizer que após o falecimento do marido ou companheiro, quem possui titularidade sobre seu material genético, caso não haja expressão da vontade daquele, são os seus herdeiros necessários.

Os questionamentos acerca da inseminação *post mortem* fazem com que boa parte dos doutrinadores sejam contrários à sua prática, como é o caso de Eduardo de Oliveira Leite, quando aduz que “do ponto de vista ético, a inseminação ‘post mortem’ desvia o sentido

⁸⁸ WIDER, **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética, p. 72.

⁸⁹ QUEIROZ, A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte de seu titular, p. 294.

⁹⁰ Ibidem, p. 296.

mesmo da procriação artificial, negando sua razão de ser: remediar as conseqüências [sic] da esterilidade e da hipofertilidade”.⁹¹

Para a doutrina contrária à prática dessa modalidade de inseminação, o problema reside na “falta de validade constitucional da referida prática, por afrontar aos princípios da paternidade responsável, dignidade humana, melhor interesse da criança e igualdade dos filhos”,⁹² sendo assim, um atentado constitucional. Quanto à paternidade responsável, cabe lembrar que a própria Constituição Federal permite a formação da família monoparental,⁹³ como já foi exposto, não sendo motivo para repelir tal prática.

A análise da inseminação *post mortem*, também é feita pela doutrina contrária à sua aplicação levando em conta o caráter psicológico, como aponta Roberto Wider:

Analizando a situação do ponto de vista psicológico, observamos a vontade unilateral da mãe determinando o nascimento do filho órfão, concebido após a morte do pai, nele se concentrando toda a afeição pós-conjugal, que pode ser de caráter patológico, desempenhando o filho o papel de perpetuador de uma vida conjunta prematuramente desfeita.⁹⁴

Quanto a esse aspecto cabe ressaltar que ainda não há estudos suficientes para afirmar que as crianças concebidas em família monoparental via reprodução humana assistida sofrem danos psicológicos por serem órfãs de pai, pois a família deve ser uma instituição de amor, que independe de número de membros. Tal ideia pode ser vista nos ensinamentos de Maria Cláudia Crespo Brauner:

Veja-se, justamente, que o direito a um ter pai e uma mãe, de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não ser possível, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem estar físico e psíquico da criança estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito a origem e a biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, quando a criança terá uma nova família, mas também se tenha reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais, tanto aquelas formadas naturalmente, quanto àquelas nascidas a partir do auxílio da ciência, nas técnicas heterólogas.⁹⁵

⁹¹ LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 142. Nesse sentido, Maria Helena Machado: “Pelas conseqüências [sic] apontadas, além de outras resultantes dessa prática de inseminação para a criança superveniente, conclui-se que, mais do que solução, essa prática proporciona incontáveis efeitos negativos e resultados imprevisíveis para a prole.”, **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**, p. 109.

⁹² LEVY, Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional, p. 37.

⁹³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

⁹⁴ WIDER, **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**, p. 73.

⁹⁵ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novas tecnologias reprodutivas e direito parental** – Contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em 12 ago. 2011.

Para Marcio Rodrigo Delfim “não se pode esquecer que o nosso ordenamento jurídico contempla expressamente a hipótese de adoção póstuma, sem que se cogite de violação dos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana”.⁹⁶ Além disso, o mesmo autor afirma que se estaria autorizando o aborto nos casos em que a mulher grávida perde o marido ou companheiro, para evitar que a criança nasça órfã de pai.⁹⁷

Como exposto, a doutrina que defende a inseminação artificial *post mortem* baseia-se principalmente no direito ao planejamento familiar e na autonomia do particular. Assim, essa modalidade de inseminação pode ser usada, como entende Maria Helena Diniz, “se houver anuência do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento”.⁹⁸ A necessidade do consentimento informado se faz presente, para que o material genético possa ser entregue pela clínica especializada à viúva, não havendo dúvidas que esse era o desejo do titular do sêmen. É o que se observa no exposto do Enunciado nº 106, do Conselho da Justiça Federal, o qual traz como requisito essencial à viuvez e autorização escrita do marido.⁹⁹ Através desse consentimento decorre o reconhecimento da paternidade e a igualdade entre os filhos concebidos antes e depois do falecimento do mesmo.

Na legislação pátria, atualmente a lei que regula a reprodução humana assistida é a Lei de Biossegurança, nº 11.105/05, entretanto ela trata apenas da tecnologia usada nos procedimentos acerca das células-tronco, e “não responde aos inúmeros questionamentos acerca da utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida”.¹⁰⁰ No caso da inseminação artificial *post mortem* a mesma é permitida pelo Código Civil,¹⁰¹ porém o dispositivo da lei trata apenas da matéria envolvendo Direito de Família, sem disciplinar as técnicas de reprodução humana. Outra disposição acerca da possibilidade de ocorrência da inseminação *post mortem* encontra-se na já citada resolução do Conselho Federal de Medicina, que também trata da utilização do sêmen desde que seu titular tenha concordado

⁹⁶ DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12, n. 65, abr-mai. 2011, p. 10.

⁹⁷ Ibidem, p. 10.

⁹⁸ DINIZ, O estado atual do biodireito, p. 504.

⁹⁹ **ENUNCIADO Nº 106** – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. BRASIL. **Conselho da Justiça Federal** - Enunciados de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

¹⁰⁰ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 27.

¹⁰¹ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...] 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. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

expressamente para tanto.¹⁰² O Projeto de Lei nº 90 que tramita no Congresso desde o ano de 1999, proposto pelo Senador Lúcio Alcântara, dispõe sobre a regulamentação das técnicas de procriação artificial. Sendo aprovado será um grande passo para o ordenamento brasileiro, positivando a inseminação *post mortem* desde que haja expressa anuência do titular do material genético.

Enquanto não é promulgada nenhuma norma referente à reprodução humana, outras questões envolvendo tais técnicas ficam sob a responsabilidade do operador do direito em aplicar a norma mais favorável a cada caso concreto. Nesse sentido afirma Silvio de Salvo Venosa:

O Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.¹⁰³

No direito comparado a maioria dos países reage com hostilidade à implantação da inseminação *post mortem*. Esse é o caso das leis alemã e sueca que proíbem essa forma de procriação.¹⁰⁴ Em Portugal, o Projeto de Lei nº 135/II, proíbe tal técnica, “vetando a fecundação da mulher com o espermatozóide do marido ou da pessoa com quem ela viva de fato, mesmo que o falecido tenha consentido”.¹⁰⁵ Na França também é proibida a inseminação depois da morte do titular do sêmen, sendo que se o mesmo autorizou tal técnica, sua autorização perde o efeito com a morte.¹⁰⁶ Por outro lado, “as leis espanhola, israelense e britânica aceitam a inseminação ‘post mortem’ em certas condições de prazo ou sob conselho da comissão (caso do Reino Unido)” (grifo do autor).¹⁰⁷

Tratada a questão acerca da inseminação artificial *post mortem*, passa-se ao estudo da sua influência no direito sucessório, o qual ainda não tem regulamentação legal no ordenamento pátrio, adentrando antes na temática dos princípios constitucionais da segurança

¹⁰² **VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM**

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. BRASIL. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 14 ago. 2011.

¹⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo. Apud DELFIM, As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*, p. 8.

¹⁰⁴ LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 141.

¹⁰⁵ KRELL, **Reprodução humana assistida e filiação civil**, p. 189.

¹⁰⁶ DINIZ, **O estado atual do biodireito**, p. 504.

¹⁰⁷ LEITE, op. cit., p. 142.

jurídica e da igualdade, para melhor resolução dessa polêmica questão que intriga tanto os operadores do direito, quanto a sociedade em geral.

3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO

O Direito das Sucessões, ramo da ciência jurídica responsável por regulamentar a transmissão *causa mortis*, tem demonstrado grandes avanços frente à evolução social. Entretanto, no que diz respeito aos avanços médicos nos casos de reprodução humana assistida, o Direito Sucessório permanece inerte.

Como a inseminação artificial homóloga *post mortem* está tomando espaço nos debates jurídicos, se faz necessário que o legislador se manifeste quanto à possibilidade de estender a sucessão aos novos seres concebidos mediante esta técnica. Assim, é necessário que antes de abordar os prós e contras a respeito desse assunto, seja feita uma análise da vocação hereditária no Direito Sucessório, passando por alguns de seus institutos essenciais, e dos princípios da segurança jurídica e da igualdade entre os filhos, para poder chegar a um consenso.

3.1 Vocação Hereditária

A vocação hereditária confere às pessoas capacidade para receber a herança de quem morreu, que é chamado de *de cujus*. No entanto, para melhor compreensão a respeito desse instituto sucessório, antes de analisar os requisitos necessários para ser herdeiro, se faz útil abordar, mesmo que de forma sintética, alguns pontos do Direito das Sucessões.

A palavra sucessão pode ser empregada em vários sentidos. Suceder, em sentido amplo, significa vir depois do outro, geralmente utilizado em relações envolvendo a propriedade e contratos. Entretanto, no Direito Sucessório, o emprego desse vocábulo se dá de forma restrita, traduzido na transmissão do patrimônio da pessoa que faleceu aos seus herdeiros, sendo chamado de sucessão hereditária. Assim, a titularidade de direitos passa de uma pessoa para outra em decorrência da morte daquela, substituindo os sujeitos da relação jurídica. Nos casos de ausência também há transmissão de patrimônio, em virtude da morte do seu titular ser presumida.

O Direito das Sucessões nasce da impossibilidade de existir um patrimônio sem titular, transmitindo-se imediatamente esta titularidade aos herdeiros.¹⁰⁸ A herança só passa a existir

¹⁰⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**, v. XXI: do direito das sucessões: (Arts. 1.784 a 2.027), Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

com a morte do titular de direitos, não podendo se falar em herança de pessoa viva. O reconhecimento da propriedade particular é um dos fundamentos da sucessão, pois no momento em que cessa a relação jurídica entre o *de cujus* e o patrimônio, há necessidade de que outra pessoa entre no lugar daquele para evitar o abandono da coisa. Como salienta José Luiz Gavião de Almeida, o Direito Sucessório é “o conjunto de princípios jurídicos que disciplina a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu, ou que é presumida morta, a outros”.¹⁰⁹ Além da transmissão de bens, as obrigações do *de cujus* também passam para a pessoa sobrevivente, sendo que esse monte de ativo e passivo é denominado de espólio.

O legislador nacional adotou como o momento da transmissão da herança o princípio da *saisine*, conforme reza o artigo 1.784 do Código Civil,¹¹⁰ sendo condicionada à aceitação do sucessor para que ocorra a transmissão do acervo hereditário. Esse princípio oriundo do direito francês “considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros”.¹¹¹ Assim, a herança transmite-se como um todo unitário, como se pode ver na lição de Eduardo de Oliveira Leite:

A transmissão da herança, a partir da abertura da sucessão, cria a situação excepcional da indivisão entre todos os herdeiros (legítimos e testamentários) guindando-os, até a partilha definitiva, à situação de meros condôminos em relação ao monte partilhável.¹¹²

Desta forma, o domínio e a posse sobre os bens que compõem o acervo hereditário são tratados legalmente como uma coisa indivisível, transferindo-se aos herdeiros na forma de condomínio, somente sendo individualizada através da partilha. Além disso, a posse sobre o patrimônio do *de cujus* até o momento da partilha é indireta, possibilitando ao herdeiro impetrar qualquer ação possessória contra terceiros, para proteger seu direito, mesmo sem ter sido feita a partilha.

A sucessão hereditária pode ocorrer de duas formas distintas; através de disposição de última vontade ou da lei. A sucessão legítima, como o próprio nome diz, decorre da lei, é o Código Civil “quem disciplina a forma de transmissão, os beneficiários dela e o montante do

¹⁰⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII, São Paulo: Atlas, 2003, p. 15-16.

¹¹⁰ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2011.

¹¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 7.

¹¹² LEITE, **Comentários ao novo código civil**, p. 14.

patrimônio que deve ser deferido a cada contemplado”.¹¹³ Através desta forma de sucessão, o legislador presumiu a vontade que o falecido tinha em proteger os membros da sua família.

A sucessão legítima ou *ab intestato*, geralmente acontece nos casos em que o autor da herança possui herdeiros necessários, hipóteses em que tem limitado seu direito de testar, segundo o artigo 1.789 do Código Civil.¹¹⁴ Ou, ainda, se fez testamento e ao testar não dispôs da totalidade de seus bens, o seu testamento caducou, ou, quando a declaração de última vontade é inválida. O fato do *de cujus* possuir herdeiros necessários não impede que o mesmo beneficie outras pessoas via testamento, desde que resulte o direito da legítima, preconizada pelo artigo 1.846 do Código Civil.¹¹⁵ Nesses casos, haverá ao mesmo tempo a sucessão legítima e a testamentária.

Por outro lado, a sucessão testamentária ocorre de acordo com a vontade do sucedido, podendo se dar através de documento público ou particular, nas formas exigidas pela legislação. Essa vontade sofre limitações, pois o testamento não pode atingir a parte indisponível, ou seja, metade do patrimônio da pessoa, devendo a mesma ser reservada para a legítima, de acordo com os artigos apontados, podendo o herdeiro necessário também ser beneficiado no testamento. Nos casos em que o testador é casado, também deve ser excluída a meação do cônjuge de acordo com o regime de bens pactuado, já que a meação não se confunde com a herança.

O testamento pode ser feito sobre uma quota ideal ou sobre bem determinado, constituindo neste último caso a forma de legado, na qual diferentemente da sucessão legítima, a posse sobre o bem somente será transmitida no momento em que for feita a partilha. Quanto aos beneficiados por testamento com partes ideais do patrimônio, os mesmos estarão incluídos nas regras da *saisine*, se equiparando aos herdeiros legítimos.

A vocação hereditária nem sempre foi regulamentada por lei. Na antiguidade, era o pai quem escolhia o herdeiro mais habilitado para lhe suceder no comando da família e nas relações patrimoniais e religiosas.¹¹⁶ Com o passar do tempo, a sucessão foi evoluindo, mas ainda havia diferença de tratamento entre os filhos, principalmente entre homens e mulheres, sendo beneficiados os filhos varões e o primogênito. Esse privilégio foi diminuindo com a Lei

¹¹³ ALMEIDA, **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856, p. 22.

¹¹⁴ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2011.

¹¹⁵ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 set. 2011.

¹¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3.

das XII Tábuas, a qual expandiu o testamento.¹¹⁷ Como lembra José da Silva Pacheco, “as diversas classificações de filhos, que tiveram acentuada importância nas fases evolutivas do nosso direito, já não se apresentam relevantes, a não ser para seu estudo histórico”.¹¹⁸ A divisão entre filhos legítimos e ilegítimos foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, que consagrou o princípio da igualdade entre os filhos.

Atualmente, como mencionado, a pessoa é chamada a suceder o *de cujus* por força da lei, ou através de testamento, contudo o fato de ser herdeiro ou beneficiado em testamento não significa dizer que a pessoa possui vocação hereditária. Como aduz Arnaldo Rizzardo, “conveniente salientar que a capacidade de suceder não se confunde com a capacidade civil das pessoas”.¹¹⁹ Dessa forma é a lei quem estabelecerá os herdeiros considerados incapazes de receber a herança.

O artigo 1.798 do Código Civil dispõe da legitimidade para suceder,¹²⁰ devendo ser aplicada à sucessão, a legislação em vigor na data de sua abertura, abrangendo tal dispositivo tanto a sucessão legítima quanto a testamentária. Na lição de Orlando Gomes, “a *vocação hereditária* não é apenas a designação virtual de sucessíveis, mas, também, a atribuição, às categorias indicadas, de certa posição jurídica, quando se concretiza” (grifo do autor).¹²¹

Para se verificar se a pessoa possui capacidade sucessória, deve-se analisar se o herdeiro existe e se possui personalidade jurídica para suceder. Pessoa não concebida na abertura da sucessão, a princípio, não possui capacidade para herdar. Como lembra Eduardo de Oliveira Leite, “quem ainda não foi concebido só pode ser titular de direito sucessório, na sucessão testamentária”.¹²² A possibilidade da prole eventual herdar, encontra respaldo jurídico no artigo 1.799, do Código Civil, sendo que se a pessoa indicada pelo testador tiver falecido no momento da abertura da sucessão, a disposição de última vontade caducará.

O nascituro, por ser titular de direitos, como já foi exposto, possui vocação hereditária desde que nasça com vida, do contrário será considerado como se nunca tivesse existido, não sendo atribuída a ninguém sua expectativa de direitos. Nos casos em que o *de cujus* deixou

¹¹⁷ RIZZARDO, **Direito das Sucessões**, p. 4.

¹¹⁸ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 185.

¹¹⁹ RIZZARDO, op. cit., p. 47.

¹²⁰ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2011.

¹²¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed., rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 42.

¹²² LEITE, **Comentários ao novo código civil**, p. 105.

testamento, além da prole eventual, poderão ser beneficiadas pessoas jurídicas e fundações em que sua criação esteja determinada na declaração de última vontade.¹²³ Para as pessoas jurídicas só existe capacidade desde que as mesmas já tenham registrado seu ato constitutivo em órgão competente.

Além disso, o herdeiro deve pertencer à espécie humana, vedada a atribuição de capacidade hereditária para animais e objetos. Dessa forma, o sucedido pode beneficiar alguém via testamentária com o encargo de cuidar de alguma coisa ou de algum animal. Também é necessário que a pessoa possua fundamento jurídico comprovando sua capacidade de herdeiro, não podendo apenas invocar o direito constituído através da lei ou de disposição de última vontade.

Da mesma forma que existe a capacidade passiva no Direito das Sucessões, há casos de ilegitimidade para receber a herança, como dispõem os artigos 1.801, 1.814 e 1.961, do Código Civil. O primeiro dispositivo legal trata da incapacidade para ser beneficiado através de testamento, por ser a pessoa considerada suspeita, estando neste rol o tabelião, a testemunha testamentária, entre outros. Já no segundo, se trata da indignidade por ter o herdeiro agido mal com relação ao *de cujus*, sendo excluído da sucessão mediante decisão judicial. Por fim, há a possibilidade que os herdeiros necessários sejam deserdados, devendo constar no ato de disposição de última vontade o motivo legal pelo qual foi excluído o herdeiro da sucessão.¹²⁴

Tendo em vista a possibilidade de haver, ao mesmo tempo, sucessão testamentária e legítima, e, nesta última, a existência de várias classes de herdeiros, surge a necessidade de regulamentar a ordem da vocação hereditária.

Assim, ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais ficam dispostos de acordo com a vontade do legislador, numa ordem excludente, pois a existência de uma classe, quando não há concorrência, impede que a próxima receba a herança. Essa ordem está disposta em duas linhas, uma reta e outra colateral, beneficiando as pessoas de acordo com o grau de parentesco que tinham com o *de cujus*.

¹²³ CAHALI, Francisco José. Sujeitos da Sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 21-22.

¹²⁴ LEITE, **Comentários ao novo código civil**, p. 635.

A vocação hereditária está ordenada no artigo 1.829 do Código Civil,¹²⁵ sendo que destes somente os colaterais não são herdeiros necessários, como retrata Euclides de Oliveira,

O Código Civil dá preferência a determinadas pessoas, que se acham ligadas ao autor da herança por laços familiares ou de parentesco, por isso que estabelece uma ordem de chamada a começar pelos descendentes, passando aos ascendentes, depois ao cônjuge e finalizando com os colaterais até o quarto grau.¹²⁶

O legislador pátrio ao privilegiar a prole do *de cujus*, quis retratar o que supostamente o autor da herança faria se pudesse ordenar o recebimento dela, protegendo os descendentes em linha infinita para garantir-lhes a sobrevivência. A segunda classe privilegiada é a dos ascendentes, também em linha infinita. Essas duas classes concorrem com o cônjuge supérstite, sendo que há concorrência com os descendentes somente se aquele era casado pelo regime da comunhão parcial de bens com o morto, e este tenha deixado bens particulares, ou, ainda, nos casos em que o regime de bens adotado era o da separação convencional ou participação final nos aquestos. Além da concorrência, o cônjuge aparece na terceira classe da vocação hereditária, seguido dos colaterais até o quarto grau, em vista de que as relações familiares não transcendem este grau de parentesco.

Diferentemente do Código Civil de 1916, o atual não traz como herdeiro o Poder Público. Porém, nos casos de herança vacante, ou seja, quando não houver herdeiros, os bens do *de cujus* são transferidos à administração pública municipal, estadual ou federal, de acordo com a localização do patrimônio, de acordo com o que estabelece o artigo 1.844 do Código Civil.¹²⁷

Caso no momento da partilha algum herdeiro legítimo ou testamentário tenha sido excluído pelos demais, poderá requerer através da ação de petição de herança o reconhecimento de sua capacidade sucessória, bem como de haver sua parte restituída por quem a possua. O direito de pleitear a herança prescreve no lapso temporal de dez anos, a

¹²⁵ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2011.

¹²⁶ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência Sucessória e a Nova Ordem da Vocação Hereditária. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.7, n. 29, abr-mai. 2005, p. 29.

¹²⁷ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2011.

contar da morte do *de cujus*, conforme dispõe o artigo 205, do Código Civil. Os efeitos da sentença são *inter partes*, não se operando a terceiros, necessitando no caso de procedência da petição de herança, a intimação de todos os herdeiros que não participaram da ação, para que se anule a partilha.¹²⁸

Existem algumas situações acerca da ordem de vocação hereditária, que não estão amparadas no Código Civil. É o caso da sucessão anômala prevista no artigo 5º, XXXI, da Constituição Federal, a qual trata da aplicação da lei nacional aos bens de estrangeiros situados no país, em favor do cônjuge e dos filhos brasileiros. É possível, quando a lei do país do *de cujus* é mais favorável a estes herdeiros, que aquela seja aplicada. Outro caso encontrado é quanto à Lei 6.858/80, aplicável a saldos de salários, FGTS, PIS, INSS, e outros saldos, permitindo-se a divisão entre os herdeiros habilitados perante a Previdência Social, ou na sua falta aos previstos legalmente, por alvará judicial, sem necessidade de ser feito arrolamento ou inventário.¹²⁹

Pelo exposto, percebe-se que o concebido *post mortem* estaria excluído do direito de herdar. Contudo, como o Direito das Sucessões deve “cumprir importante função imposta pelo legislador constituinte de viabilizar a maior segurança e justiça no âmbito das relações civis”,¹³⁰ sua situação como sucessor merece ser estudada. Em vista disso, se passa à análise acerca dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana, para, posteriormente, poder discutir a melhor solução acerca da situação sucessória deste novo ser, sem cometer discriminação e sem afetar direito garantido dos demais herdeiros.

3.2 Princípios Constitucionais aplicáveis

A possibilidade de atribuir o direito de herança aos filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem* gera grande conflito de ideias por ser um assunto relativamente novo. Como as discussões inerentes a este direito refletem diretamente na família, é necessário abordar o conflito levando em conta as duas partes que figuram nesta relação; o novo ser, gerado após a morte do sucedido e os demais herdeiros. Assim, se passa à análise dos

¹²⁸ RIZZARDO, **Direito das Sucessões**, p. 144.

¹²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

¹³⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do CC/2002. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.7, n. 29, abr-mai. 2005, p. 24.

princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade, aplicáveis na busca da solução do problema.

Tanto a segurança jurídica quanto a igualdade estão concebidas no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal como direitos fundamentais. Além disso, tais preceitos também estão inseridos no preâmbulo e em demais dispositivos da Carta Magna. Portanto, antes de adentrar na área das sucessões e famílias, é imprescindível abordar a noção geral destes direitos.

O princípio da segurança jurídica traduz-se como a garantia decorrente da positividade do direito.¹³¹ Sua obrigatoriedade é fruto da ideia que seu conceito traz sobre justiça. É através dele que ocorre a garantia de estabilidade e a certeza dos negócios jurídicos, fazendo com que as pessoas envolvidas em relações jurídicas saibam que esta continua estável, mesmo que entre em vigor nova lei modificando a base legal da relação.

A segurança jurídica tem como principal fonte a legislação, porém sua aplicabilidade não depende de nenhuma norma, em vista da concepção atual sobre este princípio como informador do Estado Democrático de Direito, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para desta, da própria ordem jurídica internacional.¹³²

Deve-se evitar que a aplicação deste princípio signifique “a absoluta previsibilidade dos atos do Poder Público e a impossibilidade de sua alteração”,¹³³ limitando de forma excessiva a possibilidade de ser alterada a legislação, mesmo que em benefício do particular. A restrição do princípio da segurança jurídica deve ser relativizada, podendo, assim, ser entendido como a proteção aos atos de particulares e também do Poder Público que violem os direitos pessoais.

Dessa ideia de segurança jurídica surge o direito adquirido e a proibição de retrocesso legal. O “direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes”.¹³⁴ Assim, o mesmo

¹³¹ SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 17.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 90.

¹³³ Ibidem, p. 93.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 150.

precede o direito consumado, situação em que os efeitos de tais fatos ocorrem. Seu conceito depende da concepção que o legislador ordinário dá à situação jurídica consolidada. Já o retrocesso legal trata da alteração das normas em decorrência de ter o legislador voltado atrás, o que pode modificar ou não a essência de uma norma. Frente ao disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, é vedado o retrocesso nos casos em que ele seja prejudicial ao direito adquirido.

No âmbito do Direito das Sucessões, o que se pode afirmar é que perante a extensão de direitos sucessórios ao concebido *post mortem*, acaba ocorrendo a violação da segurança jurídica dos demais herdeiros, os quais mesmo tendo feito a partilha dos bens, ficarão dependendo da inseminação e do nascimento com vida do embrião originado do sêmen do autor da herança.

O princípio da igualdade, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, da mesma forma que a segurança jurídica, tem íntima ligação com a ideia de justiça. Como lembra Maria Berenice Dias, “justiça formal identifica-se com **igualdade formal**, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento” (grifo do autor).¹³⁵ Assim, esse princípio pode ser definido como igualdade perante a lei, devendo todos, sem distinção alguma, serem tratados de forma idêntica. Ocorre que o constituinte não foi o único a explicitar o direito à igualdade. Outrossim, o legislador infraconstitucional trouxe em diversas áreas do direito a aplicação desse princípio, mesmo que de forma desnecessária, pois sua concepção como cláusula pétrea na Carta Magna traz reflexos em todo o ordenamento jurídico.

A interpretação do princípio da igualdade não pode ser feita apenas em seu sentido formal, ou seja, em decorrência apenas da lei. Deve-se buscar seu real significado num sentido material em virtude da existência de desigualdades que acarretam tratamento especial a determinadas classes de pessoas, não podendo ser simplesmente igualadas às demais. Como aduz José Afonso da Silva, o intérprete ao se deparar com o conceito de igualdade perante a lei, deve levar em consideração outras normas constitucionais, bem como as exigências da justiça social.¹³⁶ Materialmente falando, a igualdade é traduzida na lição de Rui Barbosa, a qual deve tratar de forma igual as pessoas iguais, e desigualmente as desiguais, na medida de sua desigualdade.¹³⁷ A diferenciação de tratamento surge da necessidade de distinguir determinadas pessoas em virtude de suas peculiaridades. Esse tratamento diferenciado se for

¹³⁵ DIAS, **Manual de direito das famílias**, p. 64.

¹³⁶ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, p. 214-215.

¹³⁷ BARBOSA, Rui. Apud DIAS, op. cit., p. 64.

aplicado de acordo com a proporcionalidade, não fere o princípio da igualdade. Tratar desigualmente importa na tentativa de equiparar os desiguais aos iguais, em vista de suas características essenciais.

Por outro lado, a arbitrariedade legal em tratar especificamente pessoas diversas, gera desigualdade na lei, devendo esta ser banida do ordenamento jurídico, por ferir de forma expressa uma garantia consagrada como fundamental. O tratamento desigual reza a necessidade de haver uma justificativa acerca da aplicabilidade da norma diversa, levando em conta a proporcionalidade entre os meios empregados e o fim buscado, como leciona o constituinte Alexandre de Moraes:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.¹³⁸

O princípio da igualdade apresenta-se em dois planos. O primeiro diz respeito ao legislador e ao executivo, que no momento em que editam leis, medidas provisórias, entre outros documentos com validade normativa, devem observar a isonomia de direito, vedado tratamento discriminatório imposto na norma. O afastamento da igualdade na edição de novas leis caracteriza a inconstitucionalidade destas, não sendo recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio. O outro plano refere-se ao intérprete legal, assim representado pelo operador de direito, que deve aplicar a norma ao caso concreto da melhor forma possível, de maneira que não agrida a igualdade. Porém, não é só o Poder Público que sofre limitações pelo princípio da igualdade, o particular que agir desrespeitando a isonomia de tratamento, deve ser responsabilizado civil e penalmente.

A supremacia da igualdade também trouxe reflexos no Direito de Família, quando o constituinte proibiu qualquer discriminação entre filhos,¹³⁹ os quais por muito tempo foram tratados de forma desigual. Esse tratamento diferenciado ocorria entre os advindos ou não do

¹³⁸ MORAES, **Direito constitucional**, p. 36.

¹³⁹ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) [...]. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 15 set. 2011.

casamento, os quais eram classificados em legítimos e ilegítimos. A realidade atual é outra, como leciona Paulo Lôbo:

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre os irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.¹⁴⁰

Assim, a igualdade não deve ser compreendida no âmbito familiar apenas como um princípio constitucional, ela está pautada principalmente no afeto entre os membros que constituem a família.

O princípio da igualdade também encontra respaldo jurídico no direito internacional. A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, no seu artigo 16, nº 5, prevê o tratamento isonômico entre os filhos havidos ou não no casamento.¹⁴¹ Como leciona Dario Alexandre Guimarães Nóbrega,

Desta forma, é incompatível com o atual ordenamento jurídico brasileiro qualquer entendimento ou disposição que, arbitrariamente e sem qualquer fundamento lógico e razoável, venha a diferenciar os filhos de uma mesma pessoa, qualquer que seja a natureza da sua origem e a relação jurídica de seus genitores.¹⁴²

Os princípios como mandados de otimização, não têm caráter absoluto, podendo ser relativizados frente à colisão com outra norma fundamental. Portanto, feitas tais considerações acerca da segurança jurídica e da igualdade, remete-se à análise do princípio da proporcionalidade. Embora não estando expressa na Carta Magna, a proporcionalidade surge com o fim de solucionar o conflito principiológico, através de seus aspectos de adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação implica em um juízo de valor, devendo o meio escolhido ser adequado ao fim pretendido. A exigibilidade “dita que a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”,¹⁴³ devendo o meio ser o menos nocivo à persecução do resultado. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a medida

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214-215.

¹⁴¹ BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 set. 2011.

¹⁴² NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A Reprodução Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, v.20, fev/mar. 2011, p. 48.

¹⁴³ JACINTHO, **Dignidade humana** - princípio constitucional, p. 163.

aplicável que busca pesar as vantagens e desvantagens do resultado atingido. Como preceitua Rizzato Nunes,

Ora, da leitura desses aspectos decorre claramente que o chamado princípio da proporcionalidade é método de interpretação, verdadeira técnica de elucidação e resolução de conflitos latentemente apresentados em princípios constitucionais que garantem valores fundamentais.¹⁴⁴

A proporcionalidade como método de interpretação permite solucionar os conflitos de hierarquia principiológica em cada caso concreto. Com isso, em algumas situações, o princípio da segurança jurídica, por exemplo, prevalece sobre o da igualdade, e em outras ocorre exatamente o contrário, pois a proporcionalidade não tem o escopo de dar sempre maior aplicabilidade à mesma norma principiológica, mas sim, analisar qual traz melhores resultados a cada caso concreto.

Assim, remete-se novamente à dignidade da pessoa humana, em vista da ideia de que a proporcionalidade se origina desta máxima constitucional. Como a dignidade é fonte fundamental do ordenamento jurídico, é ela que regulamenta a proporcionalidade para harmonização do conflito entre princípios.¹⁴⁵ Neste sentido, o intérprete busca solucionar a questão de conflitualidade com base na dignidade da pessoa humana, a fim de que a medida tomada a partir da prevalência de um valor não possa ferir a dignidade da pessoa que figura no outro polo.

A partir da análise da segurança jurídica como protetora do direito sucessório dos herdeiros do *de cujus* e da igualdade entre os filhos, vedando tratamento diferenciado dos mesmos, se passa ao estudo das correntes acerca da extensão da sucessão ao concebido *post mortem*, através da inseminação artificial homóloga.

3.3 Posições doutrinárias acerca da possibilidade do inseminado *post mortem* ser sujeito de direitos sucessórios

A inseminação artificial homóloga raramente é motivo de discussões jurídico-sociais, em virtude de que o material genético implantado na mulher é do seu marido ou companheiro. Entretanto, com a possibilidade de criopreservação, o sêmen acabou tendo maior

¹⁴⁴ NUNES, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência, p. 45.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 58.

durabilidade, podendo ser utilizado a qualquer tempo para gerar um novo ser, inclusive após a morte de seu titular. Já nos casos de inseminação heteróloga, a utilização ou não de sêmen *post mortem* não acarreta problemas nesse sentido, pois o terceiro, doador do material genético, é desconhecido, não gerando obrigações deste com o novo ser.

Como já foi exposto, o artigo 1.578, em seu inciso III, do Código Civil permite a inseminação homóloga *post mortem*, atribuindo o direito de filiação ao concebido após a morte de seu genitor. Essa regra está em consonância com o Enunciado nº 106, do Conselho da Justiça Federal, bem como com a Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, antes referidos. Contudo, como lembra Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, “a fecundação artificial *post mortem* é temática aberta no nosso direito e, assim, apta às mais diversas interpretações”,¹⁴⁶ não havendo pacificação da sua utilização. O Código Civil em seu artigo 1.798, apenas repetiu o enunciado do Código de 1916, sem levar em conta a evolução tecnológica vivenciada a partir do século XX, indo contra o que já tinha disposto em matéria de família.

A discussão em torno da inseminação homóloga *post mortem* ganhou maior espaço com o nascimento do primeiro bebê oriundo desta técnica reprodutiva, em 21 de junho de 2011. O caso teve grande repercussão por ser a primeira vez que a justiça nacional autorizou tal procedimento.¹⁴⁷ A partir dessas considerações, se passa ao estudo das correntes doutrinárias acerca da possibilidade de extensão do direito sucessório aos concebidos *post mortem* com a finalidade de se chegar a um consenso sobre a melhor forma de regulamentar a situação sucessória do novo ser, tendo em vista que os tribunais ainda não se manifestaram sobre este caso, por ser ele relativamente novo.

De acordo com os efeitos, a inseminação artificial *post mortem* pode ser dividida em três correntes doutrinárias: excludente, relativamente excludente e inclusiva.¹⁴⁸ A corrente excludente copia o modelo da Alemanha e da Suécia ao proibir o uso desta técnica, responsabilizando quem tenha aderido à inseminação póstuma para conceber um filho. “A Lei 745/1990, de Defesa do Embrião, da República Alemã, prevê pena privativa de liberdade de até 3 (três) anos ou multa, a quem procede à inseminação”,¹⁴⁹ sendo que a maioria da doutrina

¹⁴⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 173.

¹⁴⁷ Nasce primeiro bebê gerado com sêmen de pai morto. **Jornal Zero Hora Versão Digital**, Porto Alegre, 22 jun. 2011. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1§ion=Segundo%20Caderno&newsID=a3360930.xml>>. Acesso em 18 set. 2011.

¹⁴⁸ ALBUQUERQUE FILHO, op. cit., p. 179.

¹⁴⁹ WIDER, **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética, p. 74.

alemã encara este método reprodutivo como ato que viola os bons costumes. Além disso, esta corrente se baseia no artigo 6º, do Código Civil, que prevê a extinção da pessoa natural com o evento morte. Se a morte cessa todos os atos da pessoa, qualquer documento feito pelo *de cujus* consentindo com a aplicação desta prática seria revogado no momento de seu falecimento, restando o novo ser, filho apenas do cônjuge sobrevivente.¹⁵⁰

A segunda corrente admite que o novo ser seja sujeito de direitos decorrentes da filiação, exceto os direitos sucessórios. Entretanto, os dois ramos jurídicos estão interligados, uma vez que a ordem de sucessão legítima decorre das relações de família, não podendo haver cisão entre eles, pois a sucessão em geral é um desdobramento do Direito de Família. Para figurar como herdeiro, segundo esta corrente, o pai deve ter disposto em testamento o desejo de beneficiar a sua prole eventual, sendo sujeito apenas à sucessão testamentária. A hipótese de beneficiar a própria prole eventual contraria o disposto no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, como leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

[...] é claro que não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão.¹⁵¹

O testador não poderia beneficiar sua prole, mas nada o impede de indicar a pessoa a quem a inseminação de seu material genético deve ser dirigida após seu falecimento.

Por fim, a corrente inclusiva, diversamente das demais, admite que o novo ser é titular de direitos, tanto familiares quanto sucessórios, desde que haja expressa anuência do genitor quanto à possibilidade de gerar uma nova vida após a sua morte.¹⁵² Essa corrente tem como principal fundamento o tratamento isonômico entre os filhos.

Analisando-se a doutrina, dentre os autores contrários à prática de inseminação póstuma, seus argumentos geralmente tendem à proteção da criança que nascerá órfã de pai, o que, segundo os adeptos desta corrente, prejudica o desenvolvimento psicológico do infante. Entende-se que a existência deste novo ser teria o condão puramente de perpetuar a vida do *de cujus*, e não da realização do planejamento familiar que o casal tinha antes da morte do cônjuge varão. Porém, esta ideia ignora o fato do genitor ter consentido e planejado

¹⁵⁰ NÓBREGA, A Reprodução Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia, p. 53.

¹⁵¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito das sucessões. v.20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 96.

¹⁵² ALBUQUERQUE FILHO, Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório, p. 182.

juntamente com sua esposa, e aqui se entenda também a companheira, sobre a formação de uma família a partir da filiação, pois o seu material genético foi disponibilizado em vida.

Adepto desta ideia, Eduardo de Oliveira Leite, classifica a inseminação artificial homóloga *post mortem* como sendo um método de inseminação intermediário, não configurando a homóloga nem a heteróloga. Para o autor, não há justificativa que autorize o uso do sêmen do genitor morto por não haver mais casal. Além disso, aduz que a inseminação também pode acarretar danos psicológicos para a mãe, sendo desaconselhável esta técnica.¹⁵³

O fator psicológico não deve preponderar mediante a inseminação *post mortem*, uma vez que o próprio conceito de família evoluiu, podendo esta ser formada apenas por um dos genitores e pelos filhos. Se há possibilidade de ocorrer adoção por pessoa solteira, não há razão de negar que uma mãe tenha o direito de sozinha educar seu filho. Ademais, como em momento oportuno foi explanado, não há comprovação de que a criança órfã de seu genitor tenha danos psicológicos por não ter conhecido seu pai. Isso não quer dizer que seja melhor para uma criança crescer órfã de um dos genitores, porém seu desenvolvimento dentro de uma família monoparental é tão saudável quanto em famílias biparentais, desde que esteja presente o principal elemento constituinte desta instituição, que é o amor.

Na lição de Olga Jubert Gouveia Krell, se o surgimento de um herdeiro após a morte do *de cujus* não causa efeitos patrimoniais, esta prática deve ser proibida, pois o filho sofreria grande dano ao ser excluído da sucessão hereditária.¹⁵⁴ Em face da falta de legislação regulamentando a inseminação artificial *post mortem* é que surge a ideia da autora, pois o Código Civil somente presume a filiação do concebido após a morte do pai, sendo silente quanto aos demais fatores referentes a tal prática.

A posição referida tem fundamento, mas não é por isso que se deve afastar do ordenamento jurídico a possibilidade de ser inseminado o material genético de quem já faleceu. O que se deve fazer é buscar legislar sobre a reprodução humana assistida, esgotando as possibilidades até então existentes, em virtude da função que o direito tem de acompanhar a evolução social e científica.

A utilização de sêmen de titular morto para inseminação, também na ideia extintiva desta prática, fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Sérgio Ferraz aduz que a utilização de sêmen de um doador que não expressou sua concordância, desrespeita a sua

¹⁵³ LEITE, **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos), p. 155. Neste sentido, MACHADO, **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**, p. 109.

¹⁵⁴ KRELL, **Reprodução humana assistida e filiação civil**, p. 191.

dignidade que envolve a consideração da intangibilidade da imagem do falecido.¹⁵⁵ Este é o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos, principalmente sob o prisma das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas.¹⁵⁶

O mesmo autor aduz que se for admitida a implantação da reprodução humana *post mortem*, o prazo para peticionar a herança deve ser de dez anos a contar do falecimento do genitor, não ferindo assim a segurança jurídica que os demais herdeiros tinham quando fizeram a partilha.¹⁵⁷

Em contrapartida à teoria excludente, há autores que defendem a implantação de normas que regulamentem a reprodução assistida após a morte do titular do material genético, equiparando o novo ser aos demais herdeiros, com base no princípio da igualdade. A autonomia, fonte da bioética, também influencia a posição inclusiva, de forma que o titular do sêmen pode dispor sobre o que será feito com seu produto genético, após a sua morte.

A admissão de que o direito deve se amoldar à evolução social é outra fonte que justifica o uso de tais técnicas, uma vez que proibi-las pode gerar um retrocesso, freando o desenvolvimento tecnocientífico. Como a regulamentação sobre a utilização de técnicas reprodutivas *post mortem* no ordenamento pátrio é escassa, o princípio da legitimidade entra em cena, uma vez que permite que os particulares façam tudo o que não está proibido na lei. Portanto, é possível haver a inseminação após a morte do titular do sêmen.

De acordo com o antes mencionado Enunciado nº 106, a utilização do material genético após o falecimento de seu titular só é possível nos casos em que a cônjuge mulher ou companheira seja viúva e que haja expressa anuência do homem quanto à sua utilização. Dessa forma, a instituição que armazena o sêmen criopreservado deve restituí-lo à viúva para inseminação. Por outro lado, se não houve expressão da vontade do falecido neste sentido, a clínica não pode devolver o material genético, pois o sêmen não é objeto de herança.¹⁵⁸

¹⁵⁵ FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 29.

¹⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 208.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 209.

¹⁵⁸ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 219.

Se a mulher contrair novas núpcias ou nova união estável, a inseminação será tida como heteróloga, pois o que se leva em conta é o seu estado civil no momento da implantação do produto genético, presumindo ser o filho de seu atual parceiro. Para Maria Helena Diniz a inseminação *post mortem* “só seria possível se houver anuência do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento, como requer a legislação espanhola”.¹⁵⁹ Entendimento de que compartilha Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem, havendo autorização do genitor, opera-se o vínculo de filiação e todas as obrigações dele decorrentes, inclusive as relativas ao direito sucessório.¹⁶⁰ De outra parte, na lição de Marcio Rodrigo Delfim,

O filho resultante da inseminação artificial homóloga *post mortem* deve ter exatamente os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão biológico concebido ou nascido antes da morte do pai. A interpretação é consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar, etc.¹⁶¹

Dessa forma se opera o princípio da igualdade entre os filhos devendo ser relativizado o disposto no artigo 1.798 antes referido, que exclui da legitimidade sucessória os filhos ainda não concebidos, diferenciando-os dos vivos ou concebidos na abertura da sucessão. A regra da *saisine* continua vigente no ordenamento pátrio, sendo relativizada excepcionalmente nos casos de reprodução assistida *post mortem*. Outra implicação do princípio da igualdade é quanto à ideia, já mencionada, da teoria excludente em beneficiar somente em testamento os filhos advindos após a morte do testador. Essa posição é inconstitucional, uma vez que fazendo analogia à prole eventual de terceiros, o filho só teria direito à sucessão testamentária e não à legítima como os demais herdeiros, podendo receber uma parte muito menor que os demais sucessores, de acordo com a vontade do testador, acarretando numa visível diferenciação entre filhos de reprodução humana natural, daqueles concebidos artificialmente *post mortem*.¹⁶²

Ademais, se há possibilidade de ser reconhecido filho por testamento, como preceitua o artigo 1.609, inciso III, do Código Civil, não deve haver diferenciação entre os concebidos antes e após a morte do genitor, pois o filho reconhecido via testamento também, em tese, é desconhecido dos demais herdeiros, não podendo estes alegar que será atingida sua segurança jurídica.

¹⁵⁹ DINIZ, O estado atual do biodireito, p. 504.

¹⁶⁰ HIRONAKA, As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões, p. 83.

¹⁶¹ DELFIM, As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*, p. 14.

¹⁶² MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 384.

A dignidade da pessoa humana serve como fundamento das correntes excludente e inclusiva, havendo assim um conflito de dignidades. Como já foi exposto, nestes casos opera-se a proporcionalidade, para que a adoção de uma posição resulte em danos mínimos a quem figura no polo contrário.

Como ressalta Dario Alexandre Guimarães Nóbrega:

Nas hipóteses de sucessão pelo concebido *post mortem*, entram em conflito os princípios da segurança jurídica e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Na resolução deste conflito, a qual se dá pelo critério de ponderação, há que se dar mais peso para os princípios da dignidade e da igualdade, os quais são o fundamento de todo o ordenamento jurídico [...].¹⁶³

É óbvio que não se deve refutar a importância que a segurança jurídica tem para a construção de um Estado sólido, porém, se a própria coisa julgada é relativizada, este princípio também pode ser, dando espaço, no presente caso, à igualdade e dignidade por implicarem num resultado menos severo para as partes.

Na lição de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, a inseminação após a morte pode ocorrer somente com anuência expressa do falecido em documento público ou em testamento, onde poderá beneficiar sua prole eventual, determinando que seja feita num prazo não superior a dois anos.¹⁶⁴ Desta forma, se estaria protegendo a segurança jurídica dos demais herdeiros. Por outro lado, a grande parte dos autores favoráveis à inseminação *post mortem*, refuta a ideia de estabelecer lapso temporal para ser inseminado o produto genético. Para Maria Berenice Dias,

A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.¹⁶⁵

A doutrina que defende tanto a aplicação dos prazos da concepção de filiação eventual, quanto da petição de herança, acaba agravando a aplicação da igualdade entre os filhos, entretanto, dá uma maior proteção à segurança jurídica dos demais herdeiros. Também quanto ao caso da teoria excludente que se firma na revogação dos atos após a morte, há

¹⁶³ NÓBREGA, A Reprodução Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia, p. 55.

¹⁶⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório, p. 190.

¹⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 124.

afronta à autonomia da vontade do genitor, devendo nos casos de acolhimento desta ideia ser desconsiderada, então, a possibilidade de ser feito testamento por este gerar efeitos apenas após a morte do testador, o que não tem fundamento algum.

O doutrinador Dario Alexandre Guimarães Nóbrega, entende pela aplicabilidade tanto do Direito de Família, quanto do Direito das Sucessões aos casos de inseminação *post mortem*, porém num sentido mais radical que a maioria da corrente inclusiva. Acredita que é desnecessário o prévio consentimento do genitor, fundamentando que se houve a coleta do sêmen, o interesse ao planejamento familiar é implícito.¹⁶⁶

O direito não é uma técnica, nem uma ciência exata. Nada mais é do que a positivação de sentimentos sociais e a forma como as pessoas sentem-se amparadas, na qual podem ver suas expectativas atendidas. Por isso, não basta fazer uma análise meramente material de um caso, o operador jurídico pode e deve buscar entender a situação que o sujeito de direitos lhe apresenta, o sentimento que lhe move, evitando assim cometer injustiças sociais.

Portanto, com o que foi explanado, não resta dúvida quanto à possibilidade de estender o Direito Sucessório aos herdeiros concebidos *post mortem*, pois sua vedação acarretaria num grande dano ao novo ser. O princípio da igualdade, nesse caso, deve prevalecer sobre a segurança jurídica, pois calcado na dignidade da pessoa humana o tratamento idêntico entre os filhos gera menores prejuízos às partes do que se o contrário fosse adotado. Entretanto, a aplicação dessa técnica deve exigir expressa anuência do titular do material genético, a fim de evitar que a cônjuge supérstite ao implantar o sêmen do genitor aja com má-fé. Além disso, deve ser dada preferência ao documento público, por ser feito diante do tabelião, que é titular de fé pública, o que torna mais seguro o ato. Também é de grande valia estabelecer lapso temporal para ocorrer a inseminação, com o fim de, além de proteger a segurança jurídica dos demais herdeiros, a herança não seja dissipada, após a partilha, restando o novo ser sem herança. Assim, poderá ser aplicado o mesmo prazo da petição de herança, ou seja, dez anos a contar da morte do titular do material genético, para que o concebido *post mortem* tenha reconhecido seu direito sucessório. Por fim, a mulher deve manter a condição de viúva no momento da inseminação, para que a técnica continue sendo a homóloga.

¹⁶⁶ NÓBREGA, A Reprodução Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia, p. 57.

CONCLUSÃO

A sociedade sempre foi a principal fonte das evoluções ocorridas no mundo jurídico. O direito, para manter-se atualizado, busca se amoldar aos desejos sociais, assumindo o papel de transformador das concepções humanas. A necessidade das ciências jurídicas acompanharem todas essas mudanças se dá pelo caráter protetivo do direito, que regulamenta situações com o fim de evitar a ocorrência de abusos com o ser humano.

Dentre tantas evoluções ocorridas na área da saúde, se fez necessária a criação de um ramo que limitasse a intervenção médica, protegendo a dignidade da pessoa humana, sem impedir a evolução tecnocientífica, o qual é denominado de biodireito. Foi a partir da descoberta de experimentos usando seres humanos que começou a se falar nesse ramo jurídico. Porém, antes mesmo da sua concepção, formaram-se grupos de estudiosos preocupados em criar uma ética da vida, ou seja, uma área da ciência da saúde voltada à moralidade da conduta médica perante o paciente, a qual passou a ser chamada de bioética.

Tanto a bioética, quanto o biodireito, são ramos relativamente novos que vêm ganhando espaço nos debates sociais, por tratarem de casos polêmicos envolvendo a vida humana. Assim, calcados em princípios, inclusive na dignidade da pessoa humana, essas áreas visam dar uma maior segurança ao homem nas questões que envolvem a manipulação da vida.

Um dos problemas enfrentados pelo biodireito diz respeito à reprodução humana assistida. As primeiras técnicas de reprodução artificial, que foram a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, sofreram certa rejeição social, inclusive quando o produto genético usado era oriundo de terceiros. Apesar disso, como as perspectivas da sociedade foram mudando, a reprodução humana assistida foi ganhando cada vez mais espaço, sendo criadas novas técnicas. O que era considerado fato anômalo, passou a ser comum devido à necessidade dos homens realizarem seu sonho de constituir uma família.

Assim, as técnicas de reprodução artificial possibilitam o direito de procriar às pessoas que sofrem de doenças que resultem na infertilidade ou esterilidade. A procriação é uma das formas de planejamento familiar, direito este amparado na Carta Magna, o qual propicia ao ser humano a propagação de sua espécie.

Atualmente, o direito ao planejamento familiar vem tomando formas diversas, podendo ser concedido a mulheres solteiras que desejem constituir uma família. Outra forma

de planejamento pode ocorrer mesmo após a morte do sujeito, quando ele armazena seu produto genético em bancos de sêmen, para que seja utilizado por sua cônjuge ou companheira, após seu falecimento.

A possibilidade de utilização do produto genético de pessoa falecida encontra respaldo no inciso III, do artigo 1.597, do Código Civil, o qual presume que os concebidos via inseminação artificial após a morte do titular do produto genético, são filhos do *de cujus*, desde que a técnica utilizada seja a reprodução homóloga. Entretanto, a problemática da inseminação artificial *post mortem* surge no que se refere ao Direito das Sucessões, o qual exclui do rol dos herdeiros os serem havidos após o falecimento do autor da herança.

Diante do problema da exclusão do concebido *post mortem* ao direito de herança, deve-se analisar a possibilidade de estender ao mesmo o Direito Sucessório através dos princípios constitucionais da segurança jurídica, igualdade e dignidade da pessoa humana. Como em cada caso o objeto de proteção jurídica é diferente, a aplicação das normas principiológicas deve ser feita a partir da proporcionalidade. Portanto, como o problema enfrentado neste trabalho remete a aplicação de um princípio, abdicando outro, deve ser levada em conta a forma que trará menores prejuízos às partes envolvidas.

Com isso, surgem correntes doutrinárias objetivando a resolução da problemática apresentada. Primeiramente, baseada num possível prejuízo psicológico à criança concebida *post mortem*, surge a teoria excludente. Para seus adeptos deve ser proibida a utilização da técnica de reprodução humana, por ter apenas o fim de perpetuar a vida do *de cujus* e não o desejo de realização do planejamento familiar. A segunda doutrina, aceita a utilização da inseminação póstuma, excluindo o novo ser do direito à herança.

Em contrapartida, a doutrina inclusiva, não só permite a utilização dessa técnica, quanto estende os direitos dos demais herdeiros ao ser gerado após a morte de seu pai. Entretanto, dentre os autores adeptos a essa corrente, há divergências quanto à formalidade que deve ser utilizada para proceder à inseminação póstuma. Dentre as mais variadas ideias surge a exigência de documento expressando a vontade do autor da herança de que seu material genético seja utilizado após a sua morte, bem como estabelecendo prazo para que ocorra a utilização do sêmen, entre outras.

O Direito das Sucessões, como ramo das ciências jurídicas, também deve estar atento à evolução social. Nesse sentido, o legislador deve buscar atender os anseios sociais, manifestando-se acerca da possibilidade de estender a herança ao novo ser, concebido *post*

mortem. Assim, diante das correntes doutrinárias e dos princípios aplicáveis ao problema apresentado, se passa à tentativa de solucioná-lo.

Não resta dúvidas de que o nascimento de um novo filho acarreta alteração do quinhão dos demais herdeiros, os quais ficariam sempre à mercê da vontade da viúva em utilizar o material genético do *de cujus*, tendo seu direito à segurança jurídica afetado. Ocorre que, por outro lado, como o próprio Código Civil já se manifestou a favor da implantação da técnica de reprodução *post mortem*, não seria razoável a exclusão do novo ser do direito de suceder seu pai, em virtude do princípio da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

No presente caso, a colisão dos princípios, medida pela proporcionalidade, demonstra que o dano para o concebido *post mortem* é muito maior do que para os demais herdeiros, em vista de que muitas vezes, somente após o falecimento do autor da herança descobre-se a existência de um filho oriundo de outro relacionamento do *de cujus*, o que também fere a segurança jurídica dos herdeiros. Portanto, não há como deixar de beneficiar esse novo ser, da mesma forma que os demais sucessores.

Assim, o legislador deve alterar as normas jurídicas a fim de que seja estendido o Direito das Sucessões ao novo ser, possibilitando a inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que sejam atendidas algumas exigências. Primeiro, deve haver expressa anuência do autor da herança para que seja utilizado seu material genético, o que deve ser feito por documento público, por ser o tabelião detentor de fé pública, dando maior segurança à anuência. Quanto ao lapso temporal para ocorrer a inseminação, o ideal é se valer do mesmo prazo da petição de herança, ou seja, de dez anos da morte do sucedido, garantindo segurança jurídica não apenas aos demais herdeiros, mas também ao novo ser, tendo em vista de que a falta de estipulação de prazo, acarretaria também na dissipação dos bens após a partilha. Por fim, a viúva deve se manter nessa condição, pois caso contraia novas núpcias ou nova união estável, a inseminação feita com produto do *de cujus* passa a ser heteróloga, excluindo o filho concebido dos direitos hereditários daquele. Com isso, cabe agora aos operadores do direito e legisladores regulamentar o uso da técnica *post mortem*, para evitar que seja cometida qualquer injustiça com o novo ser.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 169-191.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856, v. XVIII, São Paulo: Atlas, 2003.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-247.

BARBOZA, 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, p. 153-168.

_____. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, v.8, n.2, nov. 2009, p. 209-216.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 137-163.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2011.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. Disponível em <<http://portal.cfm.org.br>>. Acesso em 27 jun. 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 24 jul. 2011.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal** - Enunciados de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Novas tecnologias reprodutivas e direito parental** – Contribuição para o debate no Direito brasileiro. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em 12 ago. 2011.

CAHALI, Francisco José. Sujeitos da Sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 15-23.

CASABONA, Carlos María Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 128-172.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. **Biossegurança & patrimônio genético**. Curitiba: Juruá, 2007.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana** – diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2006, p. 79-108.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12, n. 65, abr-mai. 2011, p. 7-20.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. **Clonagem reprodutiva de seres humanos: análise e perspectivas jurídico-filosóficas à luz dos direitos humanos fundamentais**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. rev. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 181-228.

_____. Concorrência Sucessória à Luz dos Princípios Norteadores do CC/2002. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.7, n. 29, abr-mai. 2005, p. 11-25.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed., rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Org.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 75-83.

_____. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões**. v.20. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-14.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana - princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**, v. XXI: do direito das sucessões: (Arts. 1.784 a 2.027), Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Procriações artificiais e o direito** (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos éticos e jurídicos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v.12, n.65, abr/mai. 2011, p. 21-45.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v.4, n.13, abr/jun. 2002, p. 143-161.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 391-402.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEUSPILLER, Fernando; ARDILES, Gerardo. Conceitos e Epidemiologia em Medicina Reprodutiva. In: SCHEFFER, Bruno Brum, et al. (Org.). **Reprodução humana assistida**. São Paulo: Editora Atheneu, 2003, p. 1-12.

Nasce primeiro bebê gerado com sêmen de pai morto. **Jornal Zero Hora Versão Digital**, Porto Alegre, 22 jun. 2011. Disponível em: <<http://zerohora.clicrbs.com.br/zerohora/jsp/default.jsp?uf=1&local=1§ion=Segundo%20Caderno&newsID=a3360930.xml>>. Acesso em 18 set. 2011.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Inseminação Artificial, Clonagem do Ser Humano e Sexualidade – Os Efeitos Produzidos na Família, do Presente e do Futuro. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12, n. 65, abr-mai. 2011, p. 46-85.

NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A Reprodução Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM, v.20, fev/mar. 2011, p. 39-59.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência Sucessória e a Nova Ordem da Vocação Hereditária. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.7, n. 29, abr-mai. 2005, p. 26-44.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o Biodireito. **Revista Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, nov. 2009, p. 247-266.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-16.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte de seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 271-300.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACIOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana** – diálogo entre a ciência e o direito. Curitiba: Juruá, 2006, p. 21-48.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edison; BORGES, Janice Silveira. Alteração de vontade nas técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 227-249.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo: ESDC, n. 9, jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br>>. Acesso em 26 jun. 2011.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Direito e Bioética**: o desafio da interdisciplinaridade. Erechim: EdiFAPES, 2001.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 19-30.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2.ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 15-30.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito**: uma introdução. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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