

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

LUCIANA COSTA POLI

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito de família e sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luciana Costa Poli, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-307-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o grupo de trabalho Direito de Família e Sucessões II quanto ao XXV Encontro Nacional do CONPEDI promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba realizado em Curitiba - PR entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016 no campus da UNICURITIBA.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito das famílias e sucessões que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões II, coordenado pelas ora Organizadores da obra. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes com especial repercussão social nas relações privadas familiares e no direito sucessório.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucessões II e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família e Sucessões apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhes são característicos. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a

formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito de família visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito de família assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada

Na oportunidade, as Organizadoras prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram a elaboração dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito de Família e Sucessões que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formação de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dezembro de 2016.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Universidade Nove de Julho

A FILIAÇÃO ADVINDA DA FERTILIZAÇÃO IN VITRO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

THE ARISING OUT OF MEMBERSHIP FROM IN VITRO FERTILIZATION AND ITS CONSEQUENCES IN SUCCESSION LAW

**Marcos Feitosa Lima
Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias**

Resumo

O presente trabalho objetiva conhecer as técnicas de reprodução humana assistida, notadamente a fertilização in vitro post mortem, bem como os seus reflexos jurídicos especificamente no direito das sucessões. Para tal intento, partiremos de uma breve análise do instituto científico da reprodução humana assistida, desaguando, por conseguinte, nas suas modalidades atualmente existentes. Busca, ainda, extrair as lições mais relevantes acerca dos princípios constitucionais aplicáveis ao instituto, notadamente o da dignidade da pessoa humana que se revela um inquestionável direito fundamental frente ao direito da personalidade, com o fim de proceder a uma delicada análise civil-constitucional acerca do tema.

Palavras-chave: Fertilização, Reprodução, Sucessório

Abstract/Resumen/Résumé

This work has objective to know the assisted human reproduction techniques, meanly in vitro post mortem fertilization and its legal consequences in the law of succession. For this purpose, it starts from a brief analysis of the scientific institute of assisted human reproduction, resulting, therefore in their currently existing modalities. It still search for the most relevant lessons about the constitutional principles applicable to this issue, especially the dignity of the human person that reveals an unquestionable fundamental right when compared to the right of personality in order to carry out a civil and constitutional analysis about the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fertilization, Reproduction, Succession

1 INTRODUÇÃO

Por certo que a família, como núcleo base de toda e qualquer sociedade, por conseguinte, é o espaço onde as mudanças sociais repercutem a passos galopantes, fazendo com que referida instituição se amolde e adéqüe às novas concepções às quais estão inseridos os indivíduos.

A (re)construção das novas formações de entidades familiares, onde, recorrentemente, os núcleos se formam com a junção de filhos oriundos de relacionamentos anteriores que se agregam aos frutos da relação atual, bem como a presença cada vez mais crescente das filiações socioafetivas, desperta a necessidade de compreender com maior afinco tais fatos sociais e suas repercussões no âmbito jurídico, sendo por certo que dentre as relações regidas por tal ramo do direito, inserido está o instituto da reprodução assistida. Assim, a presente pesquisa terá como problemática a ser investigado se existe ou não prejudicialidade nos efeitos sucessórios pela fertilização *in vitro* e inseminação artificial homóloga.

Desse modo, mister se faz analisar detidamente as técnicas de reprodução humana assistida, , notadamente no que pertine à fertilização *in vitro* ocorrida após a morte, e seus reflexos jurídicos no campo do direito sucessório, objeto específico do presente artigo, o qual será, na sequência, abordado, por se revelar um autêntico direito da personalidade, máxime que a vida, além de ser um direito fundamental, é um bem supremo e que este direito está acima de qualquer outro e está positivado no artigo 5º *caput* da Constituição Federal, onde dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade.

O presente trabalho se deu através da técnica de pesquisa bibliográfica com método de abordagem dedutivo, tendo como referência a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro, artigos publicados na internet e a Resolução nº 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina.

2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

De saída e antes mesmo de tecer comentários sobre as espécies de filiação, urge a necessidade de estabelecer que a posse do estado de filho é o marco diferencial para se identificar a paternidade sócio-afetiva, já que coexistem mais dois tipos de paternidade: a paternidade jurídica e a paternidade biológica.

A posse do estado de filho tem por premissa basilar exatamente as relações fundadas no afeto e no amor verdadeiro de um pai em relação a um filho, que independe da consangüinidade, além do respeito.

2.1 Posse do Estado de Filho

A doutrina de um modo geral considera como elementos que podem constituir a posse do estado de filho: o nome (“*nomem*”), o trato (“*tractus*”) e a fama (“*fama*”). Rodrigues (2004, p. 292) assim define a posse do estado de filho:

A posse do estado de filho consiste no desfrute público, por parte de alguém, daquela situação peculiar ao filho, tal o uso do nome familiar, o fato de ser tratado como filho pelos pretensos pais, aliado à persuasão geral de ser a pessoa, efetivamente filho.

O nome se apresenta como o primeiro elemento para se configurar o instituto da posse do estado de filho e, por conseguinte, a paternidade sócio-afetiva. Nesse diapasão, o elemento nome está presente quando o pretense filho utiliza o nome de família do suposto pai. No entanto, existem diversos casos em que o filho não utiliza o nome do pai conforme deveria.

No que atine ao trato, este quer dizer o tratamento dado ao pretense filho, seja a sua criação, educação e outros, o que leva a entender que há uma relação afetiva de pai e filho, em que o suposto pai dispensa um tratamento especial a uma determinada pessoa como se filho fosse.

Como terceiro elemento, a fama é sinônimo de publicidade, ou seja, a exteriorização do estado de filiação para os demais membros da sociedade. Este requisito, portanto, representa o lado propriamente social da posse do estado de filho, diante das atitudes do suposto pai em relação ao seu pretense filho, com o fito de convencimento para as pessoas de que se trata efetivamente de pai e filho. Assim, o público é composto por vizinhos, amigos, funcionários e/ou empregados e demais pessoas que convivam no mesmo círculo social e que possam atestar a relação paterno-filial.

Ao analisar as espécies de filiação sócio-afetiva percebe-se a existência de quatro espécies, quais sejam: o filho de criação; o reconhecimento voluntário e judicial da paternidade e/ou da maternidade; a adoção judicial e a adoção à brasileira.

2.2 Filiação Sociológica do Filho de Criação

Pode-se considerar um apêndice da filiação afetiva a hipótese em que alguém educa uma criança, concede-lhe um lar, preocupa-se com a sua saúde, bem-estar, lazer, sem vínculo biológico e sem nenhuma contraprestação, com fundamento exclusivo no amor que integra aquela família, tendo por único vínculo probatório o afeto.

Segundo Fachin (1996, p. 37): “Embora não seja imprescindível o chamamento de filho, os cuidados na alimentação e na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, revelam no comportamento a base paternidade.”

Assim, vê-se claramente que essa verdade sociológica traz a idéia de que os fatos se impõem ao direito, devendo, portanto, serem levados sempre em consideração.

2.3 Filiação no Reconhecimento Voluntário e Judicial da Paternidade e da Maternidade

Nessa senda, evidencia-se a posse do estado de filho, isto é, daquele que voluntariamente toma alguém como seu filho, atribuindo-lhe todos os direitos e deveres de um filho biológico, sendo que tal reconhecimento pode se dar voluntariamente, sem necessidade de intervenção estatal, que pode ser feito mediante o registro de nascimento, a termo, com a declaração de um ou de ambos os pais.

De outro giro, o reconhecimento pode ocorrer apenas através da via judicial, mediante a propositura da ação de estado.

Cabe ressaltar que o diploma civilista enumera especificamente as hipóteses de presunção de que os filhos nasceram na constância do casamento, conforme disposição contida em seu artigo 1597, verbis:

I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II- nascidos nos trezentos dias subsequentes à

dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento; III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

2.4 Filiação Afetiva que tem por Origem a Adoção Judicial

Segundo Venosa (2013, p. 317), “a adoção, como forma constitutiva de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico”. Assim, era utilizada por aqueles que por qualquer motivo não tinham ou não podiam conceber filhos biológicos.

A adoção é, atualmente, um ato jurídico que expressa uma vontade, imbuída de amor e solidariedade, em considerar um ser como se seu filho fosse, com todas as garantias morais e legais pertinentes, formando uma verdadeira família, com se constituída fosse pelos laços de sangue.

A adoção pressupõe uma perfeita e harmoniosa integração do adotado em sua novel família, com ruptura de seus vínculos biológicos com os pais e parentes naturais. Possui ainda natureza jurídica de negócio bilateral e solene, e deve preencher os requisitos essenciais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles o de que o adotante possua idade mínima de dezoito anos e o de que haja uma diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado.

A adoção se materializa através de sentença com caráter constitutivo transitada em julgado, com a devida inscrição no cartório de Registro Civil, cancelando-se o registro anterior do adotando, sem qualquer menção quanto à modificação, e tem por característica a irrevogabilidade, gerando efeitos peculiares, que podem ser tanto de natureza pessoal quanto patrimonial..

Convém ressaltar que o diploma civilista, em seu artigo 1628, e a Carta Constitucional, no artigo 227, § 6º, garantem igualdade de direitos entre o filho adotado e o consangüíneo. Assim, depreende-se que tanto o legislador constituinte como o civilista não se furtaram em reconhecer e garantir todos os direitos à filiação sócio-afetiva, dando-lhe tratamento idêntico ao dos filhos de sangue.

2.5 Filiação Afetiva na Adoção à Brasileira

Há ocorrência dessa espécie quando uma criança, ao nascer, é diretamente registrada por pais afetivos, como se biológicos fossem, descabendo, ao menos em tese, a ulterior pretensão anulatória do registro de nascimento. Por destacar a importância da paternidade sócio-afetiva, útil a transcrição do escólio de Madaleno (2004, p.2):

A carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois que se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade sócio-afetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e gênese nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização.

Dentre as tais relações sócio-afetivas, indiscutivelmente, está a adoção à brasileira, em que um homem registra filho alheio como seu.

Cabe salientar que é comum a existência de ações negatórias de paternidade – ou anulatórias de registro civil – nas quais o autor noticia que, anos atrás, apaixonara-se por uma mulher que já se encontrava grávida de outrem e, na intenção de com ela constituir família, registrou a criança nascida como se fosse sua. Destarte, dessa mulher veio a se separar anos depois e, agora, entende não ter obrigação alimentar ou moral para com a pessoa registrada quando recém-nascida, por não haver vínculo biológico entre ambos.

Deve-se ter conta, todavia, que ao proceder a adoção à brasileira, o autor da negatória de paternidade manifestou livremente sua vontade de ter a criança como se seu filho biológico fosse. Com tal conduta, o pai sócio-afetivo inseriu no patrimônio da criança (agora adolescente ou adulto) bens materiais e imateriais, estruturou-lhe a personalidade com o nome e patronímico paterno-familiar, criando efeitos jurídicos e sociais que se perpetuaram no tempo. Com efeito, uma vez reconhecida a paternidade, esta se agrega à personalidade do indivíduo, passando a constituir um direito indisponível e irrevogável.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS NOVAS FORMAS DE CONCEPÇÃO HUMANA

Inicialmente, mister se faz compreender o instituto científico da reprodução assistida e suas diversas modalidades. Com efeito, entende-se por reprodução assistida a tecnologia que compreende a implantação artificial de espermatozóides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras, com o objetivo de permitir a reprodução humana, com o intento de permitir a fertilidade do casal, geralmente em razão das dificuldades encontradas no âmbito da geração espontânea da prole.

A reprodução humana envolve a presença de células sexuais, também, denominadas de células germinativas, sendo que as masculinas são os espermatozóides e as femininas são os óvulos. Cada uma destas células contém uma sequência de 23 cromossomos que ao se unirem formarão a sequência completa de 46 cromossomos da cadeia de ácido desoxirribonucleico (DNA). O DNA estabelecerá, de logo, as características do novo ser formado que, apesar de herdar algumas semelhanças transmitidas por seus genitores, guardará uma relação de independência e individualidade (MACHADO, 2012, p. 17-18).

Dentre as técnicas de reprodução assistida, há duas modalidades que se destacam: aquela em que se introduz no aparelho reprodutor da mulher o esperma, genericamente denominada inseminação artificial; e a fertilização *in vitro*, na qual o óvulo e o esperma são juntados em um tubo de proveta (daí surgida a expressão “bebê de proveta”) e posteriormente se introduzem alguns embriões no aparelho reprodutor da futura mãe.

Atualmente, todavia, merece destaque o fato de que o Código Civil foi pensado na década de 60 e analisado na década de 90, de modo que hoje não se utiliza mais esta expressão e sim a denominação técnicas de reprodução humana assistida, pois o termo inseminação artificial ou fecundação artificial deve ser utilizado para a reprodução de animais.

Nesse sentido, o enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal: Art. 1.597: “as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Verifica-se, ainda, dentre as técnicas de reprodução assistida a possibilidade de utilização de material genético (sêmen e óvulo) pertencente ao próprio casal (a chamada fertilização homóloga), bem como a utilização de material heterólogo, ou seja, pertencente a pessoa distinta do casal (CARRASQUEIRA, 1999). Esta última espécie vem assegurar o direito de planejamento familiar do homem infértil, gerando uma das modalidades de paternidade socioafetiva previstas no Código Civil de 2002. Atualmente, tornou-se comum a doação de óvulos, que vem integrar a reprodução heteróloga feminina (LOUREIRO, 2009, p. 100-104).

3.1. Disciplina normativa

Nada obstante a ausência de legislação específica acerca do tema, o certo é que as técnicas de RA são garantidas na legislação pátria. À guisa de exemplo, a Lei de Planejamento Familiar, Lei n. 9.263/93, em seu art. 9º consolida as referidas técnicas que deverão, inclusive, ser custeadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nesta senda, também foi editada a Lei n. 11.935, de 11 de maio de 2009, que determinou o acesso às técnicas de RA aos usuários de assistência de saúde privada, concretizando, assim, a liberdade de planejamento familiar.

Por certo que a Carta Cidadã de 1988 promoveu uma reformulação do direito privado, ocasionando o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil que sofreu mudanças significativas em seu conteúdo despatrimonalizando a família. O CC-02, por seu turno, não trouxe disciplina específica, continuando em plena vigência a Lei 9.263/93, destarte, consagrou, em disposição de caráter geral, a liberdade de planejamento familiar do casal no §2º do art. 1.565.

Neste toar, ao cuidar da presunção de filiação, o CC-02 em seu artigo 1.597 alinhou-se ao avanço da biotecnologia consagrando a utilização das técnicas de reprodução humana assistida como meio de exercício do planejamento familiar, reconhecendo, inclusive, a concepção *post mortem* e a filiação heteróloga, rompendo, assim, o paradigma clássico de filiação biológica:

Art. 1597. 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, decorrente de concepção artificial homóloga;
- V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

De outra via, não se pode perder de vista que inobstante a CF-88 ter assegurado a liberdade de planejamento familiar com a possibilidade de exercício amplo pelo casal, estabeleceu, por seu turno, limites, frente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, art. 226, §7º, *in verbis*:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e 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.

Atualmente, a disciplina das técnicas de reprodução humana assistida é feita, apenas, pela Resolução n. 2013/2013 publicada no Diário Oficial da União de 09 de maio de 2013 que revogou expressamente a Resolução CFM n.º 1.957/10, cabendo frisar que se trata de norma sem caráter de generalidade e imperatividade, pois sua natureza é de mera recomendação para a classe médica.

3.2 Princípios Constitucionais Aplicáveis

3.2.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

É certo que o ordenamento jurídico atual possui seu lastro fundamental na Constituição Federal de 1988, a qual inaugurou o Estado Democrático de Direito, de modo que os direitos fundamentais da pessoa humana sobressaem-se a quaisquer outros, sendo assegurados no artigo 5º o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança; todos eles baseados nos fundamentos do Estado de Direito, dentre os quais a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana passa então a apresentar-se como um bem precioso, que deve ser cuidado e preservado, sendo amplamente amparado pela constituição e pela legislação civil, no capítulo inerente aos direitos da personalidade.

3.2.2 Da Liberdade

Tal princípio apresenta o fundamento do direito ao reconhecimento da

autodeterminação das pessoas, o que resulta, em última análise, na capacidade de adotar e executar livremente as suas próprias decisões.

Vê-se, também, que a liberdade de escolha como pressuposto para a concretização da dignidade da pessoa humana, permite a cada indivíduo o direito de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Por conseguinte, à luz da legislação civil que avalia a manifestação de vontade, a inseminação *post mortem* seria legítima.

3.2.3 Da Isonomia Entre os Filhos

Conforme disposição contida na Lei Máxima, em seu art. 227, 6º, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento , ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”. Nesse particular, a incidência da igualdade tem o condão de impedir distinções entre filhos fundados na natureza do vínculo que une os genitores, além de obstar diferenciações em razão de sua origem biológica ou não. Assim, todos os dispositivos legais que, de alguma forma, direta ou indiretamente, determine tratamento discriminatório entre os filhos terão de ser repellido do sistema jurídico.

3.2.4 Do Planejamento Familiar

Prescreve, expressamente, o paragrafo 7º do art. 226 do texto maior que “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”.

Nesse mesmo sentido, o art. 1565, paragrafo 2º do Código Civil, afirma que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por das instituições públicas ou privadas; convindo acrescentar que o dispositivo, a toda evidência é perfeitamente aplicável nas uniões estáveis, consoante preconiza o Enunciado 99 da Jornada de Direito Civil.

Desse modo, de acordo com a citada norma legal, como consequência do

planejamento familiar, verifica-se que é possível a realização de esterilização humana assistida.

3.2.5 Da Segurança Jurídica

Por esse princípio se questiona se a inseminação *post mortem* não colocaria em risco todo o sistema jurídico, notadamente o da sucessão, ao dar direitos ao embrião em detrimento das pessoas já existentes. Destarte, em verdade o que ocorre é uma colisão entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Todavia, os direitos fundamentais não são absolutos, por isso, o valor da dignidade da pessoa humana vai preponderar sobre o valor da segurança.

4. A FERTILIZAÇÃO “POST MORTEM” E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

A técnica de reprodução humana assistida denominada fertilização *in vitro* (FIV) foi desenvolvida com sucesso no final da década de 70 e reproduz a fecundação, artificialmente, fora do corpo humano utilizando-se um tubo de ensaio para simular o ambiente da trompa de falópio. A concepção se desenvolve em várias fases: inicialmente há o uso de hormônios para induzir a mulher, em determinado ciclo reprodutivo, a produzir óvulos em multiplicidade. Depois, estes óvulos são retirados mediante procedimento de laparoscopia ecográfica ou por punção transvaginal, com o objetivo de serem manipulados em laboratório para se proceder a uma classificação. Posteriormente são fecundados operando-se a fusão do gameta masculino com o feminino resultando a concepção humana. Em uma próxima fase, poderá ocorrer o implante do embrião formado neste procedimento no útero materno. Por este motivo, esta técnica ficou conhecida popularmente como “bebê de profeta” e, geralmente, formam-se múltiplos embriões. Cumpre-se, ainda, salientar que após a fecundação os embriões são submetidos a uma pré-seleção para se definir quais reúnem as condições necessárias para serem implantados (FERNANDES, 2005, p.33).

Neste procedimento, o processo de desenvolvimento embrionário ocorre em laboratório e sem que haja intervenção humana, o processo de clivagem da célula germinada inicia-se e segue seu curso normal até se tornar um blastocisto, pronto para a nidação, que poderá ocorrer se houver implante no útero materno. Evidencia-se que, mesmo nesta técnica, as células germinativas, ao serem fecundadas, adquirem força vital própria e, portanto, individualidade, formando-se um novo ser: o embrião (MEIRELLES, 2000, p. 115-116 e BOURGUET, 2002, p.52-53).

Hodiernamente, a doutrina se divide em duas correntes ao tratar do tema, sendo que a primeira entende ser plenamente possível a prática da reprodução assistida, com base no inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, bem como, defendem tal direito com fundamentação no princípio da autonomia da vontade, da igualdade entre os filhos e do planejamento familiar.

Nesse sentido, veja-se o que defende Douglas Phillips Freitas:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

[...] havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.

Desse modo, a noção de parentalidade é um robusto argumento pelo qual parte da doutrina apoia a inseminação *post mortem*, uma vez que a quantidade de entidades familiares monoparentais, conduzidas pela presença materna é crescente no país e no mundo.

Por seu turno, a segunda corrente defende a impossibilidade de tal técnica, ao argumento de que não existe respaldo constitucional para tanto, e que tal prática afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança, da igualdade dos filhos e do princípio da paternidade responsável.

Diante de tais ensinamentos, verifica-se que a prática de fertilização *in vitro post mortem* desencadeia vários efeitos, especialmente no direito de família e no direito sucessório.

4.1 A Fertilização *post mortem* no Direito Sucessório

A grande discussão na esfera do direito sucessório se pauta na interpretação do art. 1798 do Código Civil, *in litteris*: “Art. 1.798 Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

Assim, vislumbra-se que sendo a criança gerada artificialmente após a morte de um dos cônjuges, trata-se de um fato diferenciado, quer seja no âmbito do direito de família ou no âmbito do direito sucessório, máxime que ainda que o Código Civil não possua previsão no sentido de estabelecer dispositivos regulamentadores a esse respeito, a doutrina e a jurisprudência tem se encarregado de resolver esse impasse.

Para uma corrente doutrinária defende que essas não devem participar da sucessão, uma vez que não estavam concebidas no momento da abertura da sucessão, salvo expressa disposição legal.

Outra parte da doutrina e jurisprudência defendem que não há dúvidas de que a criança possui o direito à legítima sucessória, pois acreditam que fora ampliado o conceito de nascituro, ultrapassando os limites da concepção *in vivo* (no ventre materno), acreditando que a fertilização *in vitro* é senão também uma concepção.

Nesse sentido preleciona Hironaka (2007):

Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção.

Cumprido, por fim, transcrever o pensamento de Gonçalves (2011, p. 76):

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

Assim, como vimos de ver, a doutrina majoritária entende que deve ser respeitado do garantismo constitucional, o qual engloba o direito a herança (art. 5º, XXX, CF), não havendo a possibilidade de excluir aqueles que foram concebidos através da fertilização *in vitro post mortem* da sucessão legítima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das pesquisas realizadas sobre a reprodução assistida, dos princípios constitucionais e dos reflexos jurídicos notadamente no direito sucessório, verificou-se que, nada obstante não haja expresso amparo legal em norma especificamente voltada a esse fim, o ordenamento jurídico admite sim assistência aos direitos das crianças concebidas pela técnica da fertilização *in vitro.*, apesar do Código Civil dispor sobre o tema em apenas três incisos, gerando grande insegurança jurídica quanto ao modo de realização do referido procedimento, bem como aos limites que devem ser impostos para sua utilização, que é unicamente regulamentada pela Resolução nº 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina.

Ainda no que tange ao Direito Sucessório, restou patente que há divergência doutrinária com relação ao direito à sucessão, sendo certo que uma parte da doutrina defende que o filho concebido após a morte somente terá direitos sucessórios se for contemplado através de testamento; enquanto que a doutrina majoritária preconiza que o filho terá direito à sucessão legítima, frente aos princípios da igualdade entre os filhos, disposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, planejamento familiar, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Desse modo, os reflexos jurídicos da RA, máxime nas relações de filiação e direitos da personalidade da pessoa humana, conclamam pela necessidade de edição de uma legislação específica que atenda as peculiaridades acerca do tema, devendo os magistrados interpretar o direito civil a partir da ótica constitucional..

De certo que a omissão do poder legislativo sobre o tema à epígrafe deve ser suprida através da edição de legislação especial, devido à sua grande complexidade, necessitando de um amplo debate com a participação da comunidade científica e sociedade civil

Por todo o exposto, verifica-se que não se pode fechar os olhos para a nova realidade que se destaca, cabendo salientar que a biomedicina, os avanços tecnológicos e científicos devem andar lado a lado com o direito, devendo, ainda, a ciência jurídica resguardar os direitos e garantias da pessoa humana, sem qualquer tipo de discriminação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Brasília/DF. Disponível em . Acesso em: 06 ago. 2016.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Procriação assistida: em busca de um paradigma**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Acesso em: 26 jul. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM N.º 2013/2013**. Disponível em:<http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira- Cível e Comércio**, Curitiba, 1996.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e sua necessidade de regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em 29 jul. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; e FILHO, Rodolfo Pamblona, **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. V.VII: Direito das sucessões.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. 2007.

LÔBO, Paulo Netto. **Direito Civil: Famílias**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013. V.7: Direito das sucessões.

