

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

ANA PAULA VIEIRA

**UTILIZAÇÃO DO SÊMEN APÓS A MORTE DO DOADOR, PARA FINS DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA, PELA VIÚVA OU ÚLTIMA COMPANHEIRA DO
FALECIDO: POSSIBILIDADE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS REFERENTES
AOS DIREITOS DA PROLE EVENTUAL**

CURITIBA

2011

ANA PAULA VIEIRA

**UTILIZAÇÃO DO SÊMEN APÓS A MORTE DO DOADOR, PARA FINS DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA, PELA VIÚVA OU ÚLTIMA COMPANHEIRA DO
FALECIDO: POSSIBILIDADE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS REFERENTES
AOS DIREITOS DA PROLE EVENTUAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: **Prof. Luiz Edson Fachin**

Curitiba

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA PAULA VIEIRA

UTILIZAÇÃO DO SÊMEN APÓS A MORTE DO DOADOR, PARA FINS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, PELA VIÚVA OU ÚLTIMA COMPANHEIRA DO FALECIDO: POSSIBILIDADE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS REFERENTES AOS DIREITOS DA PROLE EVENTUAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Luiz Edson Fachin

Orientador

Ana Carla Harmatiuk Matos

Primeiro membro

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Segundo membro

Curitiba, 21 de novembro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Dizem que os amigos são a família que Deus nos deixou escolher. Pois bem, eu não escolheria família melhor, e é por isso que agradeço a todos os meus familiares, em especial, aos meus pais e ao meu irmão, que sempre me incentivaram nos estudos e me fizeram acreditar que eu seria capaz de chegar até aqui.

O tempo, ou sua falta, pode afastar as pessoas, mas os verdadeiros amigos estão sempre presentes, seja nos momentos de alegria, seja quando as dificuldades se apresentam. Assim, agradeço por ter pessoas especiais com quem sempre posso contar, mesmo que nossos compromissos criem obstáculos à maior convivência que eu gostaria de ter com cada um deles.

Há pessoas que fazem parte de nossas vidas e são imprescindíveis à nossa formação, graças à nobreza da atitude de compartilhar pacientemente o conhecimento conosco. Portanto agradeço a todos os meus professores, em especial ao professor Dr. Luiz Edson Fachin, que me auxiliou na realização desta monografia, e ao meu amigo Josmar que sempre esclareceu pacientemente minhas dúvidas, constantes na prática jurídica.

Por fim, agradeço a Deus, pois acredito no seu poder de iluminar os meus passos e me guiar pelos melhores caminhos.

RESUMO

Os avanços científicos na área da reprodução humana resultaram, entre outras situações peculiares, na viabilidade da concepção de uma criança, mediante técnicas de reprodução assistida, após a morte do doador do material genético. Tal possibilidade trouxe à tona discussões de cunho ético, moral e religioso, a ponto de levar alguns países a regulamentar a matéria. Uma análise do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir pela possibilidade de utilização de referidas técnicas após a morte do doador. Ainda, uma leitura dos dispositivos do Novo Código Civil, à luz da Constituição Federal, pode levar à conclusão de que o indivíduo concebido *post mortem* possui direito tanto à filiação quanto à sucessão. Todavia, na prática, observar-se-á que dificilmente os direitos sucessórios da prole eventual serão garantidos *ad eternum*. Ressalta-se, assim, a importância da atuação dos magistrados na análise dos casos concretos, de modo a sopesar os princípios da igualdade e da segurança material das relações jurídicas.

ABSTRACT

The scientific advances in the field of human reproduction resulted, among other peculiar situations, on the viability of the conception of a child through assisted reproduction techniques after the death of the donor of the genetic material. Such possibility has brought up discussions of ethical, moral and religious imprint, to the point of bringing some countries to regulate the matter. An analysis of the Brazilian legal system allows the conclusion for the legality of using these techniques after the death of the donor. Still, a reading of the devices of the New Civil Code, in light of the Federal Constitution, may lead to the conclusion that the individual conceived *post mortem* has the right to the affiliation and the succession. However, in practice it is unlikely that the inheritance of the eventual offspring will be guaranteed *ad eternum*. It should be emphasized, therefore, the importance of the role of judges in the analysis of specific cases in order to weigh the principles of equality and the material security of legal relations

SUMÁRIO

Introdução	7
Parte I – Técnicas de reprodução assistida: caracterização e possibilidade de utilização do material genético após a morte do doador	10
Capítulo I – Reprodução assistida	10
1 – Das técnicas de reprodução assistida: definição e classificação.....	10
2 – Da finalidade da reprodução assistida <i>post mortem</i> e dos aspectos éticos	12
3 – Das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, e da finalidade da utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil.....	15
Capítulo II – Reprodução assistida <i>post mortem</i>	18
1 – Direito Comparado: inadmissibilidade expressa ou implícita da reprodução assistida <i>post mortem</i>	18
2 – Direito Comparado: admissibilidade da reprodução assistida <i>post mortem</i> viabilizada por uma exegese do ordenamento jurídico.....	23
3 – Posicionamentos religiosos	25
Parte II – Do ordenamento jurídico brasileiro acerca da reprodução assistida <i>post mortem</i>	29
Capítulo I – Direito à filiação	29
1 – Da nova concepção de entidade familiar e do princípio do livre planejamento	29
2 – Dos direitos da prole eventual à luz do melhor interesse da criança.	33
3 – Das inovações do Novo Código Civil à luz da Constituição Federal de 1988	36
Capítulo II – Dos direitos sucessórios	39
1 – Do princípio da igualdade entre os filhos e da segurança material das relações jurídicas.....	39
2 – Da garantia dos direitos sucessórios submetida à concepção em determinado prazo.....	43
3 – Da possibilidade de garantir direitos sucessórios à prole eventual independentemente da concepção em determinado prazo	47
Conclusão	51
Referências Bibliográficas	54

Introdução

Recentemente, foi noticiado o nascimento, em Curitiba, de uma criança concebida mediante fertilização *in vitro*, realizada com o sêmen de um homem que já havia falecido. Isto foi possível apenas após o deferimento da antecipação de tutela pleiteada em sede de demanda ajuizada pela mãe da criança, à época pretensa receptora do material genético.

De acordo com a decisão proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, a clínica requerida, à qual foi confiada a guarda do material genético do falecido marido da autora, deveria realizar o procedimento de inseminação artificial na requerente. Ressalta-se que de início, o procedimento pretendido dizia respeito à inseminação artificial, técnica que não produziu resultados, motivo pelo qual o médico houve por bem recorrer à técnica de fertilização *in vitro*, através da qual o resultado pretendido foi alcançado.¹

Não foi a toa que tal fato mereceu divulgação em uma série de jornais, a ponto de surpreender a mãe da criança que se submeteu à técnica de reprodução assistida.² É que nos bastidores de uma simples intenção da mulher em se valer de um procedimento artificial para dar à luz um filho de seu falecido marido, exsurtem questões polêmicas de ordem jurídica, ética, moral, religiosa e psicológica. Isto porque, passamos a estar diante não somente de um desejo da mulher em ser mãe, mas também, do interesse da criança que estaria por nascer, e seus eventuais direitos, ensejando discussões sobre até que ponto é permitido ao Estado interferir nessa esfera, possibilitando ou não a realização destas práticas.

A partir disso, reputo que a análise acerca da possibilidade e dos efeitos decorrentes de eventual utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, possui importância tal que merece ser objeto de um trabalho científico, máxime quando este assunto vem batendo à porta, ou invadindo as telas, cada vez mais dotadas de inovações, dos brasileiros.

¹ LEITÓLES, Fernanda; GERON, Vitor. Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 21/06/2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1139440>>. Acesso em: 13/10/2011.

² *Idem*.

A fim de tornar proveitosa a leitura desta monografia, creio que seja interessante introduzir o leitor à obra, apresentando-lhe, primeiramente, todos os espaços de reflexão que serão adentrados durante conhecimento aprofundado do tema escolhido.

Por óbvio que de início será necessário tornar compreensível as expressões que serão comumente utilizadas ao longo do trabalho, em especial, “inseminação artificial” e “fertilização *in vitro*”, bem como a possibilidade de classificá-las em homóloga ou heteróloga, a fim de explicar os motivos da denominação atribuída ao trabalho. Feito isso, será hora de identificar os objetivos da utilização de referidas técnicas. Este ponto remeterá à questão concernente à possibilidade de o Estado restringir a autonomia da vontade da mulher em ser mãe de um filho de seu falecido marido, com base em princípios éticos. Caberá, então, analisar as resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre o assunto, no intento de deduzir quais são as diretrizes éticas que delas se pode extrair para a utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

Percorridos estes caminhos, será oportuno analisar como a questão é encarada pelos sistemas jurídicos de países estrangeiros, bem como quais são os diferentes posicionamentos religiosos sobre o assunto. Isto porque, há que se levar em conta que os diversos pontos de vista sobre a possibilidade de levar a efeito a utilização do sêmen de um doador falecido, para fins de reprodução assistida, no Brasil, se amparam não somente nos princípios e normas vigentes em nosso ordenamento, mas também nas experiências já constatadas de utilização destas técnicas em outros países, suas repercussões, e razões de eventual proibição, aceitação, ou omissão.

Na sequência será salutar identificar quais são os dispositivos legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro que poderiam ser trazidos à tona, diante de uma pretensão como esta. Para tanto, será imprescindível atribuir atenção especial à mudança paradigmática observada no direito civil brasileiro, a ponto de conduzir a uma interpretação dos dispositivos do diploma civil à luz da Constituição Federal. Aqui merecerá destaque a proteção constitucional à família monoparental, que atrelada ao princípio do livre planejamento familiar poderá afastar a tese contrária à reprodução assistida *post mortem*, pautada no direito da criança ao

biparentesco. Neste ponto, caberá uma análise dos eventuais direitos da prole eventual sob o ponto de vista do melhor interesse da criança.

A seguir, será a hora de analisar o processo que levou à edição do Código Civil de 2002, de modo a perscrutar a intenção do legislador, ao se omitir no que tange a determinadas especificidades relacionadas às técnicas de reprodução assistida. Ademais, impenderá destacar a inovação do Novo Código consubstanciada no artigo 1597, inciso III, e a possibilidade de compreendê-la como um permissivo legal à reprodução assistida *post mortem*. Com base nisto, será possível aferir quais os direitos da prole eventual, tanto no que tange à filiação quanto à sucessão, tendo em vista o princípio da igualdade entre os filhos, garantida na Carta Magna.

No que se refere aos direitos sucessórios, ressaltar-se-á o conflito entre dois princípios de índole constitucional, quais sejam, a igualdade entre os filhos e a segurança material das relações jurídicas. Assim, restará demonstrada a relevância da leitura dos dispositivos do diploma civil à luz da Constituição Federal, de modo a evitar a supressão da garantia de igualdade entre os filhos. Por outro lado, caberá identificar as normas do ordenamento jurídico brasileiro que permitiriam o estabelecimento de um prazo para a concepção da prole eventual, em vista da segurança material das relações jurídicas. A par da possibilidade da utilização de normas jurídicas, por analogia, para o estabelecimento de um prazo, salientar-se-á a situação de provisoriedade da sucessão, decorrente da iminência da concepção *post mortem* de um herdeiro. Não se deixará de comentar, contudo, a possibilidade de usucapião dos bens possuídos pelos herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão, em flagrante óbice à garantia *ad eternum* dos direitos sucessórios da prole eventual.

Após toda essa análise de cunho psicológico, ético, religioso e jurídico, espera-se compreender quais são as possíveis diretrizes que podem ser tomadas pelo aplicador da lei, na análise do caso concreto. Frisa-se a notoriedade da importância desta compreensão, visto que, como já foi elucidado, ao poder judiciário já foi solicitado resolver um impasse referente à possibilidade da utilização do sêmen de um doador falecido, para fins de reprodução assistida, dada a insegurança a que foi acometido o médico da pretensa genitora, em virtude das diferentes correntes de pensamento que circundam o tema.

Parte I – Técnicas de reprodução assistida: caracterização e possibilidade de utilização do material genético após a morte do doador.

Capítulo I – Reprodução assistida.

1 - Das técnicas de reprodução assistida: definição e classificação.

Diante da impossibilidade ou dificuldade de se gerar uma criança pelas vias naturais, aqueles que buscam a maternidade ou a paternidade podem se valer de técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, sem embargo de outros métodos artificiais voltados a atenuar eventuais problemas de reprodução humana³.

A inseminação artificial “*consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado*”⁴.

Recolhido o esperma do doador, o material, é preparado e conservado em azoto líquido a – 196° (cento e noventa e seis graus abaixo de zero). [...] O esperma (2 a 5 ml., aproximadamente, em cada emissão) é depois diluído com a solução crioprotetora [...] e reparte-se nos capilares [...]. Os capilares são, então, colocados em botijões de estocagem, também cheios de azoto líquido à nível constante. [...]

A inseminação artificial é feita por meio do depósito do esperma preparado dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen.

A inseminação intracervical consiste, pois, no depósito no colo do útero, do esperma contido em um capilar. O capilar é retirado do azoto líquido, um pouco antes da inseminação, e reaquecido rapidamente. Introduce-se o capilar na seringa de inseminação e a extremidade da seringa na parte média do canal cervical. Uma pressão sobre a seringa permite o escoamento do esperma até o muco endocervical. A operação dura dois minutos. [...]

Existem, porém, outras técnicas de inseminação, como a intravaginal e a intrauterina. No primeiro caso, a técnica é facilmente realizada por meio de uma seringa plástica usando todo o esperma. O método não requer exposição de colo e pode ser realizada pelo casal. A mulher fica na posição supina e deve ser mantida nessa posição por cerca de 20 minutos após a inseminação.

³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, p. 17.

⁴ SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 10, *Apud* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, p. 18.

No segundo caso, ou seja, de inseminação intrauterina, o colo uterino é deixado de lado e o líquido seminal é injetado diretamente dentro da cavidade uterina.⁵

A fertilização *in vitro*, por sua vez, é realizada em duas fases: primeiramente procede-se ao encontro de um óvulo e um espermatozóide, em uma proveta, sendo que, posteriormente, ocorre a implantação do ovo fecundado na cavidade uterina da mulher⁶.

Quando o esperma utilizado é do marido ou do companheiro da receptora, adjetiva-se a técnica de homóloga, enquanto que nos casos em que a receptora faz uso do sêmen de um doador fértil, que não seja seu marido ou companheiro, falar-se-á que é heteróloga⁷.

Pois bem, como se há que chamar, então, a inseminação artificial, por exemplo, realizada em uma mulher viúva, com o sêmen congelado de seu falecido marido? Por se tratar de material genético doado em vida pelo falecido marido, a ser utilizado pela viúva, podem-se encontrar referências à inseminação *post mortem* com a qualificação de homóloga.

Todavia, há que se considerar que a mulher que se utiliza do sêmen congelado, não possui mais o estado de casada com o doador, posto que a morte deste alterou o estado civil dela para viúva. Ainda, nos casos de união estável, também não se há que falar em utilização do esperma do companheiro, posto que o falecido não mais é companheiro da inseminada.

Por conta disto, há quem qualifique a técnica como intermediária, sob o argumento de que não é nem homóloga, nem heteróloga, tratando-se de “*nova possibilidade de procriação factível a partir do congelamento do esperma*”⁸.

⁵ MANDELBAUM, Jacqueline e PLACHOT, Michelle. **Génération éprouvette. Lês procréations médicalement assistées**, p. 50-51, *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 36/38.

⁶ CARO, Denise. **O filho que tanto queremos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, *Apud* CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1591 a 1710)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

⁷ SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 10, *Apud* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, p. 18.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 154.

Ocorre que, ao se falar em reprodução assistida *post mortem*, tão somente, não é possível distinguir a utilização do sêmen do falecido marido ou companheiro, da situação em que a receptora faz uso do sêmen de um doador fértil que já faleceu, e com quem não teve qualquer relação afetiva.

A par disto, há ainda outra insurgência quanto à terminologia utilizada para distinguir as técnicas, referente à inadequação do termo “heteróloga”, o qual remeteria à ideia de utilização de material genético não humano.

É mister salientar também que a fertilização *in vitro* será homóloga, se realizada com sêmen do marido ou companheiro, e heteróloga, se com sêmen de doador.

Embora esta seja uma terminologia consagrada, é de melhor técnica denominar a fertilização heteróloga “fertilização por doador”.

Concordo assim, com a observação feita durante o IV Congresso Latino-Americano de Esterilidade e Infertilidade, realizado em São Paulo, em junho de 1993, por alguns especialistas, no sentido de que a denominação “heteróloga” só se justificaria se o sêmen não fosse humano.⁹

Deste modo, a escolha do título do presente trabalho buscou deixar clara a especificidade da situação a ser estudada, levando o leitor, de início, ao objeto da obra, qual seja, a possibilidade e as implicações jurídicas de eventual utilização do sêmen após a morte do doador, para fins de reprodução assistida, pela viúva ou última companheira do falecido.

2 - Da finalidade da reprodução assistida *post mortem* e dos aspectos éticos.

Não é difícil imaginar as causas que justifiquem o desejo de uma mulher em ser mãe de um filho do seu falecido marido ou companheiro, máxime quando este deixou seu material genético criopreservado, tornando viável a reprodução assistida *post mortem*.

O casamento ou a união estável redundam em uma comunhão de vida, que normalmente é fruto de certa afinidade entre duas pessoas¹⁰. Nesta linha de

⁹ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1591 a 1710)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

¹⁰ “Da união estável como espécie de entidade familiar pode afirmar-se que somente existe e perdura enquanto traduzir uma ‘união feliz’. Consiste numa relação de puro afeto entre homem e mulher. A

raciocínio, é natural que a morte de uma delas cause sofrimento à outra, em um misto de saudades, desejo de voltar no tempo, de ter o companheiro de volta, de viver aquilo que a morte não permitiu ao casal. Ora, no caso verídico narrado na introdução, extrai-se que o marido da pretensa genitora faleceu antes que o casal tivesse concebido um filho, de modo que ficou para a mulher a vontade de concretizar o sonho do casal de ter filhos.

A paranaense Katia e o contador Roberto Jefferson Niels, 33, eram casados havia cinco anos. Tentavam engravidar naturalmente quando Niels foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica, congelou o sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil.

Em julho do ano passado, o casal iniciou o tratamento de reprodução, interrompido depois de um novo diagnóstico: o câncer havia se espalhado para os ossos. Sete meses depois, Niels morreu.

Ela quis dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos, fazendo uma inseminação com o sêmen congelado.¹¹

Tendo em vista a possibilidade de tornar realidade o desejo de ser mãe, uma vez que o falecido deixara seu sêmen congelado, sobreveio a questão relativa à possibilidade de tornar factível a vontade da mulher.

Aqui, vem à tona a controvérsia doutrinária acerca da existência de um direito de ter filhos e seus limites, amparada de um lado na autonomia da vontade, e de outro, na possibilidade de o Estado se imiscuir no domínio das escolhas pessoais¹².

[...] entendem certos segmentos da sociedade (no caso, a inglesa) que, qualquer que seja a força do desejo de um casal ter filhos, este desejo é egoísta. Logo, se o casal não pode ter filhos sem intervenção, nenhuma ajuda lhe deve ser dada.

Outra corrente de opinião entende ser nefasto interferir na natureza, ou naquilo que é considerado como sendo vontade divina. Uma posição nuançada afirma que o desejo de ter filhos não passa de um simples

comunhão de vida que se estabelece por essa via informal tem por objetivo a mútua felicidade e a formação de uma família, sem necessidade de intervenção cartorária ou judicial. (...)

O casamento é forma de constituição de entidade familiar, ao lado da união estável (...)". OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: **Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 332-338.

¹¹ MULHER pode ter filho de marido morto. Disponível em: <<http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/2204152/mulher-pode-ter-filho-de-marido-morto>>. Acesso em: 24/09/2011.

¹² "A questão de decidir quem pode recorrer a uma procriação artificial não é tão simples como se imagina num primeiro momento. Perguntam uns: regulamentar tal medida não implicaria reconhecer ao Estado o direito de decidir quem terá ou quem não terá uma criança? E outros, com boa dose de razão, indagam: tal poder reconhecido ao Estado não o autorizaria a se imiscuir na liberdade das liberdades, no domínio privilegiado das escolhas pessoais? Ou, talvez, caberia à sociedade determinar aquilo que sempre pertenceu a só descrição dos indivíduos?" LEITE, , Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.141.

desejo, ou seja, não constitui uma necessidade e, como tal, não merece qualquer proteção do Estado.

Finalmente, entendem alguns, que o desejo é legítimo e merece toda a atenção, pois se trata de um desejo vinculado a uma disfunção humana que, por isso mesmo, justifica um tratamento.¹³

É salutar destacar a tese exposta por Gérard Cornu, de que se poderia falar em um direito de ter um filho, enquanto direito fundamental e essencial ao ser humano, o qual seria absoluto a ponto de tornar a assistência aos casais obstados pela esterilidade um dever da sociedade. Todavia, nesta perspectiva, o direito dos pais de ter um filho estaria correlacionado ao direito da criança a ter dois pais¹⁴.

Tal posicionamento segue a linha de raciocínio de que instituição familiar deve estar pautada em um modelo formado pela presença de um pai e uma mãe, de modo a, senão rechaçar qualquer hipótese, ao menos, quando possível, evitar a formação de uma família unilinear.

Contudo, deve-se ter em mente a imprevisibilidade dos acontecimentos da vida, sendo que muitas crianças podem crescer sem a presença de um pai, seja por conta do evento da morte, seja em decorrência de um abandono ou quaisquer outros caminhos que levem à referida ausência. Estes acontecimentos serão considerados eventos, que na maioria das vezes, não são passíveis de controle ou planejamento por parte da mãe da criança.

De outro lado, constata-se também a formação do tipo de família unilinear, com a prévia noção acerca da ausência da figura paterna, nos casos de uma adoção por mulher solteira, por exemplo. Aqui, a doutrina contrária às técnicas de reprodução assistida que impõem à prole eventual a ausência do pai se pauta nos motivos filantrópicos e sociais para explicar a diferença de tratamento entre tais técnicas e a adoção¹⁵.

¹³ WARNOCK, Mary. **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embriology.** / Mary Warnock (Coord.), *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 134.

¹⁴ CORNU, Gérard. **Droit Civil. La famille.** Précis Domat, vol.II, Paris, Editions Montchrestien, 1984, p. 147, *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 139/140.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 152.

Ocorre que abrir a possibilidade de um casal recorrer à procriação artificial, e vedar o uso desta técnica a uma pessoa solteira, ou viúva, pode soar atentatório ao princípio constitucional da igualdade.

De outro vértice, o interesse na utilização dos gametas do falecido para a concepção de uma criança pode refletir mais do que a simples vontade da mulher em ser mãe, para abarcar eventuais vantagens patrimoniais que podem decorrer do nascimento de uma criança após a morte do pai, caracterizando a instrumentalização do eventual ser embrionário¹⁶.

Assim é que se nota a relevância dos princípios éticos que norteiam a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Daí o sentido da bioética, princípios necessários para reger condutas aplicáveis à reprodução humana. Diretivas a partir de um “patrimônio comum de valores”.

Enfrenta-se aí problema que se refere às fronteiras da ciência e aos eventuais limites éticos, morais ou jurídicos ao desenfreio “progresso científico”. (...)

Mais do que apontar tal contexto, cabe também perguntar “a que” e “a quem” serve a biotecnologia. Não sem razão, é necessário um olhar crítico sobre o nosso tempo, penetrante e desconfiado desse *determinisme lâche* que governa a *nouvelle vague* da economia. Isso tudo para que no corpo do direito não ingresse simplesmente um novo estatuto do corpo humano a título de artefatos da mercantilização, objetos de mercancia suscetível de trânsito na arena jurídica. Não há neutralidade na ética nem na biotecnologia, governada, de um lado, pela lógica do conhecimento e do poder, a qual está seguramente associada à lógica do lucro; de outra parte, a lógica do desejo e da livre busca da felicidade.¹⁷

Haja vista os prós e os contras da reprodução assistida *post mortem*, constata-se a necessidade de se agir com cautela, máxime quando a vontade da mulher, embora de suma importância neste processo, não deve ser encarada como suprema, a ponto de tornar irrelevante quaisquer outras discussões.

3 - Das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, e da finalidade da utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil.

Em 1992, o Conselho Federal de Medicina, diante dos avanços científicos que permitiram solucionar vários casos de infertilidade humana, por meio do uso de

¹⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, p. 78.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 251/252.

técnicas de reprodução assistida, houve por bem adotar normas que permitissem harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica, normas estas anexas à Resolução nº 1.358/1992¹⁸.

Sob o título de princípios gerais, o anexo de referida resolução apresentava a seguinte disposição:

1 – As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.¹⁹

Os problemas de infertilidade correspondem a disfunções que impedem que a mulher ou o homem possam procriar. Por exemplo, mulheres que sofrem de endometriose ou que possuem ovários policísticos, bem como homens que sofrem de disfunções ejaculatórias ou alterações na concentração espermática, podem encontrar dificuldades tais que justifiquem a utilização de métodos como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*²⁰.

Destaca-se que conforme as normas éticas adotadas pelo Conselho Federal de Medicina, a utilização das técnicas de reprodução assistida tinha por escopo resolver problemas de infertilidade humana. Ora, da simples leitura do texto editado pelo Conselho não se extraía qualquer finalidade do uso dessas técnicas, que não fosse prestar um auxílio médico para as pessoas que sofressem de disfunções que as tornassem inférteis.

Todavia, há que se considerar hipóteses em que as técnicas de reprodução assistida seriam utilizadas por pessoas que não possuem problemas de infertilidade. Seria o caso, por exemplo, da mulher que pretende engravidar de um filho de seu falecido marido.

Esta possibilidade ocorre em casos bem particulares, como o que aqui narramos: para preservar a fertilidade de um homem submetido a processo terapêutico com forte risco de esterilização, existe agora a possibilidade de recolher o esperma do mesmo, antes da instauração do tratamento. Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc). Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é freqüente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode

¹⁸ BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358, de 19 de novembro de 1992. **Diário Oficial de 19/11/1992**, Seção I, p. 16053.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ PASQUALOTTO, Fábio Firmbach; PASQUALOTTO, Eleonora Bedin. Infertilidade masculina. In **Tratado de Ginecologia – Condutas e Rotinas de Ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP**. São Paulo: Editora Revinter, 2005, p. 419, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70/71.

servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade de esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva faculta-se, então, reclamar a devolução do material coletado para se inseminar com o esperma do marido falecido.²¹

Talvez com base em possibilidades como esta, o Conselho Federal de Medicina tenha realizado alterações no texto das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, ao editar a Resolução CFM nº 1.957/2010, a qual substituiu a Resolução CFM nº 1.358/1992, senão vejamos:

1 – As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.²²

Ressalta-se que a nova resolução abriu o leque de finalidades da utilização das técnicas, as quais não se restringem mais a resolver problemas de infertilidade, reconhecendo-se o papel de resolver problemas de reprodução humana. Deste modo, caso se considere que a morte do marido constitui um problema para a reprodução pretendida pela mulher, esta poderia fazer uso do auxílio médico para engravidar de um filho de seu falecido marido, através da eventual utilização do sêmen congelado antes da morte.

Não bastasse isto, a Resolução de 2010 possui previsão expressa tendente a afastar discussões quanto à ética do procedimento de reprodução assistida *post mortem*:

VII – 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.²³

Ressalta-se, entretanto, que tal disposição não torna inócuo o debate concernente à possibilidade de se levar a efeito a reprodução assistida *post mortem*, máxime quando sua redação permite concluir que a técnica está protegida sob o manto da ética apenas nos casos em que há prévia autorização do marido. Além disso, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma expressa permitindo ou

²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.154/155

²² BRASIL, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957, de 06 de janeiro de 2011. **Diário Oficial de 06/01/2011**, Seção I, p. 79.

²³ *Idem*.

proibindo o uso desta técnica, de modo que é relevante o estudo das diferentes posições doutrinárias sobre o assunto.

Capítulo II – Reprodução assistida *post mortem*

1 – Direito Comparado: inadmissibilidade expressa ou implícita da reprodução assistida *post mortem*

Para compreender a problemática que envolve o tema da possibilidade ou não da utilização do material genético, criopreservado em laboratório, após a morte do doador, para fins de reprodução medicamente assistida, é salutar recorrer à análise do tratamento legislativo e jurisprudencial dado por países estrangeiros à hipótese em comento. Isto porque, tal análise permitirá a identificação da linha de raciocínio utilizada por cada país, em consonância com suas culturas e elementos éticos determinantes, para eventualmente proibir ou não a inseminação *post mortem*, por exemplo. A partir disto, será possível estabelecer semelhanças ou diferenças entre o ordenamento jurídico brasileiro e as tratativas legais estrangeiras, o que poderá facilitar conclusões acerca da possibilidade ou não da prática, bem como suas eventuais consequências no Brasil.

A fim de tornar mais didático o estudo do direito comparado nesta matéria, pode-se dividir a posição dos países estrangeiros em quatro grupos: a) de vedação legislativa expressa da prática; b) de indicação das técnicas de reprodução assistida para contornar problemas de infertilidade, de modo a restringir sua utilização a pessoas vivas, e por via de consequência, impedir a reprodução assistida *post mortem*; c) de indicação das técnicas para contornar problemas de reprodução, levando à discussão acerca da possibilidade da reprodução assistida *post mortem*; d) de posicionamento que leva em conta a vontade do doador, a qual deverá ser aferida a partir de documento formal.

Entre os países que vedam expressamente, através de lei, a prática da reprodução assistida *post mortem*, pode-se destacar a Alemanha e a Suécia²⁴.

²⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: **Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 172.

Nestes países torna-se desnecessária a discussão a respeito da possibilidade de utilização do sêmen do doador após a sua morte, para fins de reprodução, visto que a lei é clara ao proibir tal prática.

Há países que não proíbem expressamente a prática, no entanto, uma análise de seu ordenamento jurídico leva à conclusão de que tal não se faz possível. É o caso de Portugal e França, por exemplo. Nestes países, a legislação restringe a utilização das técnicas de reprodução assistida às pessoas casadas ou conviventes em união estável, levando à conclusão de que a viúva não poderia se utilizar do sêmen de seu falecido marido para ter um filho.

Em Portugal, as técnicas de reprodução assistida são reguladas pela Lei n. 32 de 11/07/2006, a qual restringe sua utilização às pessoas casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos, além de considerar ilícita a inseminação *post mortem*, ainda que o doador tenha consentido em vida com tal possibilidade. Em contrapartida, referido texto legal permite a transferência de embrião após a morte do pai, quando este houver deixado consentimento por escrito, referente à possibilidade da realização do projeto parental nestas circunstâncias. Ademais, nos casos de nascimento de criança, fruto de reprodução medicamente assistida realizada em detrimento da proibição legal, é assegurado o direito à filiação²⁵.

Na França, por sua vez, a reprodução medicamente assistida é disciplinada pelo Código de Saúde Pública, com as modificações decorrentes da Lei n. 94-654 de 29/07/1994, e da Lei n. 2004-800. Merece destaque o artigo 8º da Lei n. 94-954 que criou o artigo L152-2, cuja redação estabelece que só podem se submeter às técnicas de reprodução medicamente assistida, as pessoas casadas ou que comprovem vida em comum há pelo menos dois anos, e que estejam vivas ao tempo da inseminação, à qual devem dar consentimento prévio²⁶

Impende observar que anteriormente à elaboração de lei sobre o assunto, as procriações assistidas eram realizadas de acordo com a ética estabelecida pelos CECOS (Centros de Estudos e Conservação de Ovos e Espermias Humanos) ou órgãos similares, que se tornando responsáveis pela coleta e depósito do material

²⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245/254.

²⁶ *Idem*, p. 269/277.

genético, poderiam se recusar a devolvê-los a qualquer pessoa²⁷. Exemplo paradigmático desta hipótese foi o “Caso Parpelaix”, cuja narrativa transcreve-se do livro “Procriações Artificiais e o Direito”, de autoria de Eduardo de Oliveira Leite:

Alain Parpelaix, estando em comunidade de vida com Corinne R., fora atingido de um câncer nos testículos. Advertido por seu médico do risco da esterilidade que provocava o tratamento quimioterápico, Alain P. depositou no CECOS, em 7 de dezembro de 1981, o produto de uma coleta de seu esperma. Durante os anos de 1982 e 1983 ele se submeteu a diferentes tratamentos e, finalmente, morreu em 25 de dezembro de 1983, após haver contratado casamento com Corinne R. em 23 de dezembro precedente. A viúva e seus parentes, solicitaram ao CECOS, que se negou, a devolução do esperma coletado, com a finalidade de proceder à inseminação de Corinne Parpelaix (então casada). Estes os fatos.

Submetida a questão a julgamento (Tribunal de Grande Instance, 1 Ch. Civ., 1 août 1984. Cónyuges Parpelaix contra CECOS), o Tribunal assim e manifestou: ‘Cabe fixar os limites da questão que o tribunal deve resolver. Ela se refere exclusivamente sobre a devolução à viúva dos capilares contendo o esperma conservado pelo CECOS. A questão da inseminação dependeria – no caso do pedido ser acolhido – da tão só consciência da viúva e da consciência do médico, submetida às regras de deontologia de sua profissão. Da mesma forma, a questão da filiação da criança, caso ela nascesse, não se encontra, no presente caso, submetida à apreciação desta jurisdição. Sobre a interpretação das vontades de Alain Parpelaix e do CECOS: As diferentes declarações apresentadas nos debates e especialmente as de Pierre e Danielle R., pais de Corinne P., a atitude de Alain P. que, durante sua doença, e com a concordância de sua companheira, quis preservar suas chances de procriar; a atitude solenemente confirmada dois dias antes de sua morte através de um casamento religioso e civil; a tomada de posição dos pais de Alain P. neste procedimento, que tivera, condições de conhecer as intenções profundas de seu filho, que constituem um conjunto de testemunhas e de presunções que estabelecem, sem equívoco, a vontade formal do marido de Corinne P., de tornar sua esposa, mãe de um filho comum, quer a concepção desta criança ocorresse ainda em vida ou após sua morte. Fica notório, além do mais, que o CECOS, desde o momento que ele não provou, nem alegou, ter prevenido Alain P. sobre sua oposição a uma devolução de seu esperma, após sua morte, aceitou tacitamente a vontade de Alain P. A respeito deste tema é característica a mudança de atitude desta associação que só começou a advertir os “doadores”, de sua “filosofia” sobre este ponto, aproximadamente dois anos após a aceitação do esperma de Alain P. Sobre a natureza jurídica das disposições tomadas em 7 de dezembro de 1991: as regras do contrato de depósito, tais como elas são definidas pelos artigos 1915 e seguintes do Código Civil não podem se aplicar a presente espécie que não se refere a coisa submetida ao comércio, mas, a uma secreção contendo o germe da vida e destinado a procriação de um ser humano. Igualmente, o acordo estabelecido entre Alain P. e o CECOS, não poderia se submeter ao regime jurídico de doação de órgãos, previsto pela lei de 22 de dezembro de 1976, tendo em vista a diferença da natureza entre o esperma e os órgãos do corpo humano.

Tudo indica que o acordo estabelecido em 7 de dezembro de 1981, entre Alain P. e o CECOS constitua um contrato específico comportando para o CECOS a obrigação de conservação e de restituição ao doador, ou de

²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 314.

devolução àquele a quem o esperma era destinado. Sobre a licitude deste contrato: Nem as condições de conservação ou de devolução do esperma de um marido falecido, nem a inseminação de sua viúva são proibidas ou mesmo previstas por um texto legislativo ou regulamentar. Além disso, eles não se chocam com o direito natural, um dos fins do casamento sendo a procriação. O conjunto destas considerações conduz o Tribunal a acolher o pedido. Sobre a organização da devolução: Cabe organizar as condições da devolução dos capilares (contendo o esperma) de tal forma que a vontade de Corinne P. possa se exprimir considerando o prazo de reflexão que já se escoou e a necessidade do termo a impor no tempo à expressão desta vontade. De outro lado, o tribunal, reconhecendo a posição do CECOS como eminentemente respeitável reconhece a este organismo um prazo suficiente para executar a decisão antes de se desencadear a indispensável sanção decorrente de toda decisão judiciária. Sobre o pedido de pagamento oriundo da aplicação do art. 700 do novo Código de Processo Civil e sobre as despesas pagas: No mesmo espírito, o tribunal afasta qualquer condenação do CECOS e de seus representantes. Sobre a colocação fora de causa da Federação francesa dos cecos: Fica ordenada a exclusão da Federação desta causa, à qual não se opõem as partes. Sobre a execução provisória: Não há lugar a execução provisória, considerando que esta medida é de natureza a tornar irreversível uma decisão de primeira instância. Por estes motivos o Tribunal, decidindo publicamente, por julgamento contraditório e suscetível de apelação – exclui da causa a Federação francesa dos CECOS; e decide que, a contar do dia em que o presente julgamento será definitivo, o CECOS é compelido a devolver ao médico escolhido por Corinne P., quando do primeiro pedido, e na data fixada por este, dentro do prazo de um mês, a integralidade da coleta de esperma de Alain P.; decide que, na falta de um pedido expresso nestas mesmas condições em um prazo de seis meses, a contar do mesmo dia, o CECOS será obrigado a destruir o esperma que conserva; decide que, na ausência de devolução nas condições fixadas acima, o CECOS deverá pagar a Corinne P. o montante de uma multa de 1.000 francos por dia de atraso, que ocorrerá a partir da expiração do prazo de uma semana a contar do dia fixado para a devolução; decide que não há lugar a aplicação do art. 700 do Novo Código de Processo Civil, nem para execução provisória, considerando que esta medida é de natureza a tornar irreversível uma decisão de primeira instância. Por estes motivos, o Tribunal, decidindo publicamente, por julgamento contraditório e suscetível de apelação – exclui da causa a Federação Francesa dos CECOS; e decide que, a contar do dia em que o presente julgamento será definitivo, o CECOS é compelido a devolver ao médico escolhido por Corinne P., quando do primeiro pedido, e na data fixada por este, dentro de um prazo de um mês, a integralidade da coleta de esperma de Alain P.; decide que, na falta de um pedido expresso nestas mesmas condições em um prazo de seis meses, a contar do mesmo dia, o CECOS deverá pagar a Corinne P. o montante de uma multa de 1.000 francos por dia de atraso, que correrá a partir da expiração do prazo de uma semana a contar do dia fixado para a devolução; decide que não há lugar aplicação do art. 700 do Novo Código de Processo Civil, nem para execução provisória.

M.M. Daussy, Pres. Lesec, proc. Rép.; MS. Bruguburu (Barreau de Paris), Lombard (Barreau de Marseille), Donsimoni (Barreau de Paris), Paley-Vicent (Barreau de Paris) adv.' (Apud Rapport Braibant, p. 194-195)

No julgamento prolatado em 1984, pelo Tribunal de Créteil, os julgadores consideraram que o contrato concluído entre Alain Parpelaix e o CECOS, era um contrato "sui generis" obrigando o estabelecimento a conservar o

esperma do interessado e a restituí-lo ao “depositante” (no caso, Alain Parpelaix) quer à pessoa a qual o esperma era destinado.²⁸

Nota-se que esta decisão do tribunal francês mostrou-se contrária à legislação e aos princípios éticos que regiam a matéria àquela época. Isto porque, o Código Civil Francês previa a possibilidade de contestação do filho nascido 300 dias após a dissolução do casamento, de modo que o concebido após a morte do doador do material genético seria considerado filho exclusivo da mãe²⁹. Além disso, as manifestações do Comitê Consultivo Nacional de Ética para as Ciências da Vida e da Saúde³⁰, criado em 1983, eram no sentido que a garantia do equilíbrio psicoafetivo da criança exigia a presença de dois pais³¹. Nessa linha de raciocínio, convém transcrever a conclusão de Eduardo de Oliveira Leite:

[...] vale lembrar que o CECOS (ou qualquer outro organismo que coleta esperma humano) pode recusar a devolução dos capilares de esperma congelado a toda pessoa que solicitou, ainda que ocorrendo concordância dada em vida pelo defunto. O contrato pelo qual o defunto pretendia garantir sua descendência *post mortem* seria nulo porque é contrário aos princípios gerais de nosso direito privado (que não permitem realizar desejos de imortalidade) e porque em frontal oposição à ordem pública (que jamais previu possibilidade de filiação *post mortem*)

²⁸ BRAIBANT (Relatório) **Sciences de La vie. De l'éthique au droit. Etude Du Conseil de l'Etat. Paris. Documentation Française. Notes et études documentaires.** 2èmes. Édition, 1988, p. 194/195, *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 232/235.

²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 314.

³⁰ “Somente no final dos anos 60 novas instituições apareceram para orientar a reflexão social sobre o espaço das ciências e da medicina em nossas sociedades: os comitês de ética. Esses comitês se distinguem dos colóquios, institutos e outros lugares onde a ética é objeto de debates e ensino. Eles têm a vocação de reunir, além de homens e mulheres de ciência, juristas e filósofos, até mesmo simples cidadãos, capazes de contribuir com uma visão diferenciada no exame do fundamento ético das questões abordadas. Originados a partir dos problemas encontrados no trabalho do pesquisador ou na atividade do médico, os comitês de ética responderam, antes de tudo, a uma finalidade de regulamentação das práticas, principalmente no âmbito da experimentação humana. Frente às dificuldades com as quais as autoridades públicas se depararam para considerar certos problemas sociais, ligados ao desenvolvimento das ciências da vida, foi sugerida a instituição de comitês de “sábios” encarregados de alimentar a reflexão pública e até mesmo, na ausência de uma legislação específica, avaliar regras éticas que seriam submetidas à aprovação do consenso social.

A França, que demorou um pouco para implantar comitês locais de ética, inovou criando uma das primeiras instâncias nacionais e permanentes no campo da ética das ciências da vida: o Comitê Consultivo Nacional de Ética das ciências da vida e da saúde (CCNE)”. FIEVE, Régis. **Os Comitês de Ética em Pesquisa Médica na França.** Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/345/412>. Acesso em: 23/08/2011.

³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 141.

A decisão dada pelo tribunal francês de Créteil, permitindo a devolução dos capilares, revela-se pois extremamente mediatista e prolatada em clima de excessivo sensacionalismo contrário aos ideais do Direito. Portanto, as manchetes estampadas na maioria dos jornais da época: “Corinne ganhou”, “O direito de ter uma criança de seu marido morto”, limitaram-se tão somente ao Caso Parpelaix, não mais se repetindo em território francês.³²

Destarte, em que pese o resultado do famoso Caso Parpelaix ter sido no sentido de permitir à viúva a utilização do material genético de seu falecido marido para fins de reprodução assistida, uma análise da legislação, dos princípios éticos e da jurisprudência majoritária francesa sempre conduziram ao entendimento de que não era possível a utilização de técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras ou viúvas.

Vale observar que as posturas legislativas portuguesa e francesa transparecem a premissa de que as técnicas de reprodução assistida devem ser encaradas como uma forma de remediar as conseqüências da esterilidade e da hipofertilidade, permitindo que casais que encontram problemas para ter filhos, possam delas se valer para tornar realidade o projeto parental.

2 – Direito comparado: admissibilidade da reprodução assistida *post mortem* viabilizada por uma exegese do ordenamento jurídico.

Assumindo a premissa de que o direito à filiação dos indivíduos concebidos por meio das técnicas de reprodução assistida é pautado pela vontade do doador do material genético, países como Itália, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos, apresentam regras legais, ou entendimentos jurisprudenciais que conduzem à possibilidade de se levar a efeito a reprodução assistida *post mortem*.

Nos Estados Unidos, dá-se tanta importância à vontade do doador, que a intenção expressa em consentimento formal é determinante para a aferição da paternidade, consoante o Uniforme Parantage Act de 2000. Nesse sentido, leciona Ana Cláudia Scalquette:

A questão da paternidade é tratada da seguinte forma: o doador não é considerado progenitor de uma criança concebida através de reprodução

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 236.

assistida, pois o que determina a paternidade para a lei americana é a intenção. Vejamos a previsão da seção 703 do art. 7:

Um homem que forneça sêmen ou que consinta com a reprodução assistida de uma mulher, conforme previsto na Seção 704, com a intenção de ser o pai do filho dessa mulher, será o pai dessa criança que nascer.

[...] Quanto à disciplina da implantação *post mortem*, prevê-se que se uma pessoa que consentiu formalmente em ser pai/mãe através de reprodução assistida falecer antes da implantação dos óvulos, sêmen ou embriões, a pessoa falecida não será pai/mãe da criança que nascer, salvo se consentiu formalmente que a reprodução assistida ocorresse após a sua morte.³³

O Reino Unido, por sua vez, evita se manifestar sobre a questão da inseminação artificial *post mortem*³⁴. Todavia, o artigo 2º do Human Fertilization and Embriology Act de 1990, prevê que em caso armazenamento de gametas, deve constar do consentimento para sua utilização a declaração sobre o destino a ser dado ao material genético em caso de falecimento ou incapacidade do declarante³⁵.

Na Espanha, a procriação artificial é disciplinada pela Lei n. 14 de 26/05/2006, cujo artigo 6º possibilita que qualquer mulher maior de 18 anos, e capaz, submeta-se às técnicas. Resta então, garantido o direito das mulheres viúvas a se submeterem às técnicas médicas de reprodução assistida, sem qualquer impedimento de ordem ética relacionado a eventuais problemas psicológicos para a criança decorrentes da monoparentalidade.

O artigo 9º de referida lei, por sua vez, dispõe que nos casos em que o falecido tenha deixado consentimento expresso, por meio de documento formal, para que a viúva se utilize do material genético para fins reprodutivos, nos doze meses seguintes à data do óbito, a concepção produzirá os efeitos legais que derivam da filiação matrimonial. Ou seja, a criança concebida com o sêmen do falecido tem direito a filiação caso restem preenchidos os seguintes requisitos: a) que a mãe fosse casada com o doador na data do óbito deste; b) que a mãe tenha se submetido a uma das técnicas reprodutivas nos doze meses seguintes ao óbito do doador; c) que o doador tenha consentido expressamente, em documento formal, com a utilização de seu material genético por sua mulher, para fins de reprodução assistida, mesmo após sua morte. Nestas circunstâncias, considera-se que o

³³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 282/284.

³⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 141.

³⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.280.

concebido *post mortem* é filho do falecido, em conformidade com o texto legal, o que evita quaisquer discussões relativas ao direito à filiação³⁶.

Nessa mesma toada, o ordenamento jurídico italiano também atrela o direito à filiação ao expresso consentimento da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida. Todavia destaca-se que não há uma regra específica relativa à reprodução assistida *post mortem*. Deste modo, não é possível excluir de plano as discussões acerca da possibilidade do uso de gametas criopreservados após a morte de um dos possíveis genitores, máxime quando o artigo 5º da Lei n. 40 de 19/02/2004, limita o uso das técnicas de reprodução assistida a casais casados ou conviventes.

De outro lado, o Código Civil italiano prevê, em seu artigo 462, a capacidade da prole eventual de pessoa viva ao tempo da morte do testador, de suceder por testamento. Ora, tal previsão torna possível, por exemplo, que o testador torne seu herdeiro o filho que planejava ter com sua mulher, concebido a partir da utilização de seu gameta crioconservado, mediante reprodução assistida *post mortem*³⁷.

3 – Posicionamentos religiosos

Em virtude da reforma protestante, marcada pela busca de liberdade na interpretação da bíblia, não há uma uniformidade de pensamento entre as diferentes religiões cristãs, sendo possível encontrar diferentes posicionamentos acerca da reprodução assistida entre católicos, protestantes, presbiterianos, luteranos e metodistas. Em que pese existir uma variedade de pensamentos, pode-se focar a análise nas posições assumidas pela Igreja Católica, visto que são expressas através de documentos elaborados frente a novas descobertas científicas, por exemplo³⁸.

O Papa Pio XII era contrário à utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida, todavia considerava a possibilidade de o casal que pretendia

³⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.254/262.

³⁷ *Idem*, p. 263/269.

³⁸ *Idem*, p. 106.

ter um filho, valer-se de procedimentos médicos que acentuassem a capacidade procriadora do ato sexual, como, por exemplo, “a dilatação do colo do útero antes do ato sexual e o recolhimento de sêmen na vagina após o ato, e sua introdução no útero”³⁹. Nesse sentido, não se poderia cogitar que a Igreja Católica concordasse com a realização da reprodução assistida *post mortem*.

Frente às inúmeras descobertas científicas que se sucederam, em 1987⁴⁰ foi apresentado oficialmente pelo, à época, Cardeal Joseph Ratzinger, escolhido Papa em 2005, o texto da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, intitulado “Instrução a respeito da vida humana em sua origem e na dignidade da procriação”, que demonstrou a posição contrária da Igreja Católica às práticas de procriação artificial como fertilizações *in vitro*, mesmo quando realizadas entre pessoas casadas⁴¹.

[...] Questionado sobre como ficaria a posição do casal que, pretendendo ter filhos, não os pudesse ter, por algum problema de esterilidade, ou “dos que os podendo ter temem colocar no mundo uma criança excepcional” Ratzinger não vacilou em afirmar: “as pessoas nessas condições devem se resignar com a sorte”. [...] ⁴²

[...] As principais passagens da Instrução refletem a preocupação com o avanço da pesquisa médica no que tange ao respeito à vida e integridade do embrião [...]

Já no que tange à fecundação artificial homóloga, a instrução, após trazer em seu corpo todos os argumentos contrários à redução embrionária e reforçar que o filho deve ser gerado por ato conjugal praticado no matrimônio, assim estabelece:

*A inseminação artificial homóloga, dentro do matrimônio, não pode ser admitida, com exceção do caso em que o meio técnico resulte não substitutivo do ato conjugal, mas se configure como uma facilitação e um auxílio para que aquele atinja a sua finalidade natural.*⁴³

³⁹ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplante de órgãos, ecologia.** Traduzido por Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000, p. 164, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

⁴⁰ “Com o nascimento do primeiro bebê de proveta e com a crescente discussão acerca das inúmeras descobertas científicas que seguiram a Louise Brown, os doutores da Igreja foram levados a refletir e, em alguns momentos, a se pronunciar sobre a posição católica em matéria de assistência à procriação.” SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 85/86.

⁴² O pecado maternal. Documento da Santa Sé condena todas as técnicas científicas que ajudam os casais inférteis a ter filhos. In: **Revista VEJA**, nº 967, p. 59, *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.86.

⁴³ *Donum vitae*, Parte II, B, Item 6, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111/112.

Observa-se que tal posicionamento foi reafirmado pelo Papa João Paulo II, através do documento *Evangelium vitae*, datado de 1995⁴⁴.

[...] Nesse documento, o Papa João Paulo II assevera que “várias técnicas de reprodução artificial, que pareceriam estar ao serviço da vida e que, não raro, são praticadas com essa intenção, na realidade abrem porta a novos atentados contra a vida”.

[...] Enfim o *Evangelium vitae* afasta, de forma coincidente com a *Donum vitae*, a aceitação da procriação artificial.⁴⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a *Dignitas Personae*, publicada em 2008, manteve a inadmissibilidade das técnicas de reprodução assistida que substituem o ato conjugal, considerando possível apenas as técnicas que auxiliam o casal a contornar problemas de infertilidade, como tratamentos hormonais, procedimentos cirúrgicos para cura de endometriose, desobstrução tubária, entre outros⁴⁶.

Nota-se então, que a Igreja Católica mantém a posição contrária à reprodução assistida *post mortem*, em consonância com a interpretação do cânone 1055, segundo o qual a procriação só pode se realizar onde há participação de vontade de ambos os cônjuges, e destacando-se que a comunidade de vida se dissolve automaticamente pela morte de um dos cônjuges.⁴⁷

Quanto ao judaísmo, cabe esclarecer que “*não haverá uma posição oficial, apenas reflexões que, uma vez explanadas, podem servir de amparo a decisões de toda a comunidade judaica*”⁴⁸. Nesse sentido, observa-se a grande importância dada à existência de filhos.

[...] Criar filhos e ensinar-lhes a Torá parecia ser um dos grandes privilégios do ser humano. Também era uma maneira de manter vivo o povo judeu até a vinda do Messias. [...] os rabinos consideravam os filhos tão importantes

⁴⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.112/113.

⁴⁵ *Evangelium vitae*, Capítulo 1, Item 14, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

⁴⁶ *Dignitas personae*, Segunda Parte, 12, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113/117.

⁴⁷ “*Can. 1055 - §1. Il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento.*” Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/ITA0276/_P3S.HTM> Acesso em 27/09/2011.

⁴⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.128.

que tinham para isso uma lei: se um casal não tivesse filhos até completar dez anos de casados, poderia divorciar-se [...] ⁴⁹

Por conta de tal importância dada aos filhos, admite-se a inseminação artificial homóloga.

O sêmen pode vir do cônjuge ou de um homem desconhecido. No primeiro caso, a maioria dos rabinos entende a criança como descendente legítima do pai, ainda que alguns rabinos afirmem que o pai não cumpriu com suas obrigações de procriar. Ao problema do doador ser desconhecido a maioria dos rabinos se opõe muito abertamente pois, apesar de não haver a transgressão da proibição do adultério, isso nos leva a problemas acerca da herança – pois tecnicamente a criança não é considerada descendente do marido da mãe, e portanto, sem direitos [...] ⁵⁰

Todavia, pode-se concluir que a reprodução assistida *post mortem* não é admitida, máxime “*pelo fato de criar mais problemas psicológicos do que os resolver*”. ⁵¹

Por fim, no que se refere à religião muçulmana, destaca-se a admissibilidade aos métodos de reprodução assistida que garantam a procriação no casamento.

[...] as técnicas de reprodução assistida são permitidas se forem aplicadas em um casamento válido. Por exemplo, é lícita a inseminação artificial utilizando o esperma do marido que após fertilizar o óvulo da esposa (no útero ou em tubo de ensaio) é implantado no útero da esposa. [...] ⁵²

Tendo em vista a admissibilidade da reprodução assistida está restrita à sua aplicação em um casamento válido, é possível concluir que para os muçulmanos, não se admite a reprodução assistida *post mortem*.

A partir disto, percebe-se que do ponto de vista religioso, ainda há óbices à aceitação da utilização do sêmen pela viúva, após a morte do marido doador.

⁴⁹ BOROWITZ, Eugene B. **Compreendendo o judaísmo**. Traduzido por Miriam Marx. São Paulo: Departamento de Ensino religioso da Congregação Israelita Paulista, 1986, p. 64/65, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

⁵⁰ LOPES, Nelly de Souza. **Bioética, medicina e o judaísmo**. Disponível no site: <www.abiblia.org/artigos> acessado em 01/07/09, p. 6, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 94.

⁵² RAGIP, Haji Sheikh Muhammad. O Islam e as ciências médicas. In **Revista o Mundo da Saúde**. São Paulo: Faculdades Integradas São Camilo. Nov.-Dez., 2000, p. 18, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

Parte II - Do ordenamento jurídico brasileiro acerca da reprodução assistida *post mortem*.

Capítulo I – Direito à filiação.

1 - Da nova concepção de entidade familiar e do princípio do livre planejamento.

Para a aferição dos eventuais direitos da prole eventual, notadamente no que se refere à filiação e à sucessão, impende observar as transformações que assolaram os institutos do direito civil, os quais refletem uma mudança paradigmática, facilmente constatada em dispositivos da Carta Magna de 1988⁵³. Especificamente no que diz respeito à família, interessante destacar o artigo 226, caput e parágrafos da Constituição Federal:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. [...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁵⁴

Nota-se que a partir de 1988, tornaram-se explicitamente reconhecidas as entidades familiares referentes à união estável e à monoparentalidade, em detrimento da antiga noção de família restrita ao matrimônio⁵⁵. Tal reconhecimento

⁵³ “Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional insculpido pela Constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios de promoção da dignidade humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros”. FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁵⁵ “Diante das inúmeras mudanças ocorridas, mesmo no período anterior à Constituição de 1988, a proteção estatal à família não poderia mais se resumir às famílias fundadas no casamento, incluindo também as famílias constituídas sem o ato solene e formal do casamento. As famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam os valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial tutelada pelo Código Civil de 1916. Qualquer abordagem contemporânea em matéria de família jurídica deve levar

viabilizou a superação do conceito nuclear de família, que levava em conta as entidades formadas por pais e seus filhos, passando a dar conta de uma série de outras formações implicitamente possíveis a partir da interpretação extensiva do dispositivo supra-aludido.⁵⁶ Passou-se a compreender a instituição familiar, então, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, sendo caracterizada como eudemonista, ou seja, fundada na busca da felicidade. Nesse sentido assevera Paulo Lôbo:

[...] houve um giro substancial, no sentido de emancipação e revelação dos valores pessoais. Atualmente a família converteu-se em locus de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de sua dignidade. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”. Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato.⁵⁷

Nessa toada, frisa-se o reconhecimento à comum entidade familiar formada por apenas um pai ou uma mãe, e seus filhos. De acordo com Paulo Lôbo, a monoparentalidade pode ser causada por uma série de “*situações circunstanciais, a saber, viuvez, separação de fato, separação judicial ou extrajudicial, divórcio, concubinato, adoção de filho por apenas uma pessoa*”⁵⁸. Convém elucidar que a tais situações pode-se somar a reprodução assistida *post mortem* do pai, uma vez que filho não contará com a presença paterna durante sua vida.

Vale esclarecer que a defesa do interesse da mulher em dar à luz o filho de seu falecido marido pode encontrar fundamento legal no artigo 226, § 7º da Constituição da República:

§ 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

em conta tal mudança de eixo. Assim, as transformações jurídicas exigem a funcionalização de qualquer aspecto patrimonial nas relações familiares ao atendimento das necessidades existenciais dos integrantes da família, voltadas aos valores e princípios encampados pelo documento constitucional de 1988 que, nessa matéria, merece acentuado destaque”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito de família, vol. XIV (arts. 1511 a 1638)** / Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil : famílias**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

⁵⁷ *Idem*, p. 54/55.

⁵⁸ *Idem*, p. 82/84.

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.⁵⁹

A respeito da liberdade de planejamento familiar, assevera Paulo Lôbo:

O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. [...] Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as consequências punitivas aos filhos. As transformações desse paradigma familiar ampliaram radicalmente o exercício da liberdade por todos os atores, substituindo o autoritarismo da família tradicional por um modelo que realiza com mais intensidade a democracia familiar. [...] Mas somente com a Constituição de 1988 retirou definitivamente das sombras da exclusão e dos impedimentos legais as entidades não matrimoniais, os filhos ilegítimos, enfim, a liberdade de escolher o projeto de vida familiar, em maior espaço para o exercício das escolhas afetivas. O princípio da liberdade, portanto está visceralmente ligado ao da igualdade.⁶⁰

Em contrapartida à liberdade de planejamento familiar, o mesmo autor se posiciona no sentido de que não é possível a utilização do material genético do falecido, sem que este tenha deixado consentimento expresso para tanto:

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para este fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. [...]

A I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, 2002, aprovou enunciado no sentido de que “interpreta-se o inciso III do art. 1597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.⁶¹

Insta salientar, todavia, que o consentimento do marido para que sua esposa faça uso de seu material genético após a sua morte, para fins de reprodução assistida, pode ser aferido de outras formas, que não um documento escrito, por exemplo. Assim, não se pode negar a possibilidade de que pessoas próximas ao doador do sêmen, como parentes ou amigos íntimos, indiquem qual era a vontade do *de cuius*, no concernente à utilização do material genético armazenado em

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil : famílias**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62/63.

⁶¹ *Idem*, p. 219.

laboratório, máxime quando o simples fato de ter procedido a tal armazenamento já é indício de que pretendia resguardar a possibilidade de ser pai. Destarte, eventual discussão nas vias judiciais poderá viabilizar a produção de provas acerca da vontade do falecido.

Tanto é assim, que em análise ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, realizado em sede de demanda ajuizada na 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, com a finalidade de compelir o laboratório réu a proceder à inseminação artificial *post mortem* na autora, o eminente Juiz de Direito Alexandre Gomes Gonçalves se pronunciou nos seguintes termos:

Já se sustentou que “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” (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, acesso em: 22/09/2011). Não parece, porém, que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que conserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento.[...]

Constituindo a vontade do pai o elemento-chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1829, II, 1836, 1837 e 1845 do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, caput, do mesmo Código. (fls. 62 dos autos)⁶²

Com base nisto, percebe-se que a mudança paradigmática do instituto da família chega ao ponto de tornar possível a defesa de uma monoparentalidade fundada na reprodução assistida *post mortem*.

⁶² AUTOS nº 27862/2010, 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

2 - Dos direitos da prole eventual à luz do melhor interesse da criança.

Outro aspecto de relevância quando se questiona a possibilidade de utilização do sêmen de um doador falecido para a reprodução assistida, diz respeito ao interesse da criança, que porventura será concebida.

Cumpra esclarecer que o princípio do melhor interesse da criança tem espeque constitucional no artigo 227, caput da Constituição Federal de 1988:

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.⁶³

Observa-se que em obediência ao comando normativo do § 8º⁶⁴ deste dispositivo, foi publicada em 13 de julho de 1990 a Lei nº 8.069, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando-se os seguintes dispositivos:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. [...]

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.⁶⁵

Tendo em vista a garantia à convivência familiar, parte da doutrina se opõe ao modelo de família monoparental, sob o argumento de que “a criança deve se desenvolver na atmosfera familiar com um pai e uma mãe”, além de reputar não ser o papel da medicina “contribuir no nascimento de uma criança órfã”⁶⁶.

Nesta linha de raciocínio, a Resolução Brasileira, pretensamente democrática, seria passível de críticas, na medida em que permite a utilização das técnicas de reprodução assistida por toda mulher capaz, nos termos da lei, independentemente

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶⁴ “§ 8º A lei estabelecerá: I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens,” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁶⁵ BRASIL, Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial de 16/07/1990**, p. 13563.

⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.140/142.

de ser casada, solteira ou viúva. Ou seja, a resolução permitiria o desenvolvimento dessas técnicas para o atendimento de fins egoísticos de particulares, em flagrante inobservância do direito fundamental de toda criança ao biparentesco⁶⁷.

Todavia, a nova concepção de família, a qual abrange a monoparentalidade, torna possível rebater a tese de que não é aconselhável a utilização das técnicas por mulheres solteiras ou viúvas, baseada no direito da criança a conviver em um ambiente familiar composto por um pai e uma mãe.

Ademais, uma postura favorável à reprodução assistida *post mortem*, poderia se valer do amplo campo de participação e realização pessoal que se abre às crianças, tornando a convivência familiar (biparental ou monoparental) apenas um dos aspectos a influenciar no seu desenvolvimento.

O contexto histórico e social do país demanda, em favor das crianças e adolescentes, uma hermenêutica solidária no Direito de Família.

O melhor interesse da criança corresponde a uma superação do sentido tradicional da guarda e vai além do mero dever de assistência. Eis um exemplo de como se deve e pode ir além da proclamação teórica.

Reputar a criança, na nova família, sujeito de direitos é mais que um conceito e deve significar abrir-lhe espaço de efetiva participação e realização pessoal.⁶⁸

Tendo por base tal perspectiva do princípio do melhor interesse da criança, torna-se possível empreender uma defesa dos direitos daqueles indivíduos concebidos mediante técnicas de reprodução assistida *post mortem*, ao reconhecimento jurídico do laço biológico com o ascendente genético.

Filhos, havidos por ato natural ou por ato técnico (reprodução assistida), biológicos ou não, havidos das mesmas formas ou por adoção, são igualmente filhos e recebem idêntica proteção constitucional. Esta isonomia também se faz presente fora do campo jurídico, no sentimento de cada mãe, de cada pai, porque o filho havido por ato natural ou ato técnico que utiliza material genético próprio se ama porque é filho, enquanto o filho havido por adoção ou por ato técnico que utiliza material genético de doadores é filho porque se ama.

(...)

Tendo em vista a aplicação do princípio da igualdade no direito à filiação, não há que se falar em filhos legítimos e ilegítimos, posto que ambos não mais podem ser discriminados no tocante às suas garantias, direitos e deveres. Nada obstante, subsiste a diferenciação entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais, posto que em respeito a essa situação de fato se perfilam situações jurídicas específicas para cada um deles, mesmo que

⁶⁷ *Idem*, p.335/336.

⁶⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 92.

objetivando o tratamento igualitário, como o que ocorre na presunção relativa de paternidade para os filhos tidos na constância do casamento, e o reconhecimento, procedimento jurídico para se declarar a filiação havida fora do matrimônio.⁶⁹

Partindo-se da premissa de que nestes casos, há direito à filiação, surge outra questão relativa aos direitos sucessórios da prole eventual, sendo interessante destacar dois posicionamentos doutrinários distintos: o que assegura direitos hereditários à criança concebida nestas circunstâncias, e o que nega tais direitos à criança, mas considera esta negativa um dano causado pela mãe⁷⁰, ao se utilizar das técnicas após a morte do pai.

Diante do dano patrimonial que a criança terá por ser excluída da sucessão hereditária de seu pai, pode-se considerar a viabilidade do filho ter direito à reparação do dano sofrido, sob a forma de lucros cessantes, diante da prática espúria realizada por sua mãe, em contrariedade ao ordenamento jurídico em vigor. Assim, com base na responsabilidade civil subjetiva da mulher que resolveu conceber e fazer nascer criança que não terá qualquer direito sucessório em virtude da morte anterior de seu pai – diante da verdade biológica -, será perfeitamente viável ao filho exigir a reparação do dano patrimonial que, normalmente, consistirá na parte que ele teria direito na herança deixada pelo pai e que foi distribuída entre os herdeiros.⁷¹

Referido posicionamento, no entanto, é alvo de críticas por parte de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

(...) a tese da responsabilização civil da genitora da criança por haver se submetido à técnica de inseminação após a morte do cônjuge ou companheiro, utilizando material genético deste, não deve prevalecer porque se assim fosse os filhos de relações eventuais, não planejadas, não programadas e muitas vezes indesejadas, teriam os mesmos ou mais direitos para responsabilizar os genitores. No caso da inseminação *post mortem* o filho é desejado, querido, muitas vezes fez parte de um projeto parental que não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade dos

⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46-122.

⁷⁰ “[...] por incrível que pareça, até pouco tempo, ou seja, até o advento da Constituição de 1988, os cidadãos que tinham os seus direitos fundamentais mais atingidos e desrespeitados eram as crianças. Estas, muitas vezes, tinham que assumir duras conseqüências, por atos que não praticaram, que sequer participaram, mas fazendo parte, ou sendo a principal vítima, de atos praticados pelos adultos”. COSTA, Maria Isabel Pereira da. Processo nº 01295046435 – **Ação negatória de paternidade**. *AJURIS* – Sentenças: Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 2-3, p. 147, dez. 1999/jun. 2000, *Apud* FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46.

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as relações parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. Tese de doutorado apresentada e aprovada na UERJ, inédita, *Apud* COLTRO, Antonio Carlos Mathias. **Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XIV: do direito de família**. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 313.

interessados. A perspectiva excludente vai de encontro aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.⁷²

Destarte, nota-se que não há uma uniformidade de pensamento quanto aos direitos da prole eventual.

3 – Das inovações do novo Código Civil à luz da Constituição Federal de 1988.

Mesmo diante dos grandes avanços científicos constatados nas últimas décadas, no que se refere à reprodução assistida, o Novo Código Civil não apresentou norma expressa sobre questões controvertidas como a possibilidade de uma viúva conceber o filho de seu falecido marido, mediante reprodução assistida *post mortem*.

O Código Civil atual preferiu, em suas linhas mestras, não cuidar de questões relacionadas à reprodução humana assistida, e o próprio Professor Miguel Reale afirmou sempre que uma das diretrizes da sua proposta de codificação era, justamente, esta, de não regulamentar assuntos que ultrapassassem os lindes da área civil, ou que versassem sobre problemas de alta especificidade técnica. Preferiu, portanto, o legislador brasileiro deixar a cargo de lei própria e específica, a disciplina dos inúmeros pontos de discussão, oriundos da reprodução humana assistida, especialmente na sua correlação com o direito das sucessões, pelo quanto mais aqui nos importa.

Enquanto não temos a legislação especial promulgada, as questões fundamentais devem permanecer tratadas sob as luzes doutrinárias, e sob o encaminhamento hermenêutico dos dispositivos parcos que tratam — às vezes desastrosamente — destas questões.⁷³

Em que pese a ausência de normas específicas sobre o assunto, ressalta-se a inserção no novo Código Civil, da presunção de concepção na constância do

⁷² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. In: Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. **Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 180/181.

⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro "Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional", sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>> acessado em 26/09/2011.

casamento, aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, consoante artigo 1597, inciso III de referido diploma legal⁷⁴.

Tal inovação pode ser compreendida como um permissivo legal para a utilização do sêmen do falecido marido, pela viúva, para fins de reprodução assistida, máxime quando constatado o amparo constitucional à monoparentalidade.

Em comentário ao artigo 1597, inciso III do Código Civil, aduz Silmara Juny Chinelato que:

Não há discordância quanto a ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto parental em vida – identificando-se a receptora do sêmen. Admitida a inseminação *post mortem*, não deve haver discriminação ao filho assim gestado, subtraindo-lhe quaisquer direitos e status. Admitir a inseminação *post mortem* é aceitar o estabelecimento da paternidade.⁷⁵

A controvérsia que merece ser superada, então, concerne às consequências de levar a efeito a reprodução assistida *post mortem*, mormente no que toca aos direitos da prole eventual. A este respeito, didáticos são os apontamentos de Carlos Cavalcanti De Albuquerque Filho:

Quanto aos efeitos da fecundação artificial *post mortem* existem três posições doutrinárias, a saber:
A primeira, que poderíamos denominar de excludente, não reconhece qualquer direito ao filho engendrado, após a morte do genitor, mediante assistência médica, quer no âmbito do direito de família, quer para fins sucessórios. Além disso, os defensores desta corrente entendem que há proibição para realização de tal prática, como acontece em países como a Alemanha e Suécia, que adotam sistemas positivos restritivos, em que se proíbem e sancionam as atuações consideradas socialmente danosas. [...] A segunda posição, relativamente excludente, admite efeitos mitigados, no direito de família, sem, no entanto, reconhecer à criança gerada, nessas especiais circunstâncias, a condição de herdeiro do genitor pré-morto. [...] A terceira corrente, que designamos como inclusiva, à qual nos filiamos, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, admitindo iguais direitos na seara do direito de família e no âmbito das sucessões, àquele nascido mediante esta técnica. Trata-se, por certo, de espécie de inseminação artificial homóloga, uma vez que o material genético, sêmen ou óvulo, é do par, casado ou em união estável, que pretende haver o filho assim engendrado. Biologicamente, portanto, não há qualquer dúvida sobre a paternidade e maternidade e, acaso exista, o laboratório ou médico que efetuou a técnica de inseminação

⁷⁴ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;” BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

⁷⁵ CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1591 a 1710)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 54.

post mortem terá plenas condições científicas de esclarecer inclusive para o efeito de posterior registro da criança nascida.⁷⁶

Insta salientar que a corrente inclusiva, segundo a qual o concebido via reprodução assistida *post mortem* teria direito tanto à filiação, quanto à sucessão, se esteira na garantia constitucional de igualdade entre os filhos, expressa no artigo 227, § 6º da Carta Magna, senão vejamos: “§ 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”.⁷⁷

No que tange ao princípio da igualdade entre os filhos, garantida pela Carta Magna, interessantes são os apontamentos de Paulo Lôbo:

A legitimidade familiar constituiu a categoria jurídica essencial que definia os limites entre o lícito e o ilícito, além dos limites das titularidades de direito, nas relações familiares e de parentesco. Família legítima era exclusivamente a matrimonializada. Consequentemente, filhos legítimos eram os nascidos de família constituída pelo casamento, que determinavam por sua vez, legitimidade dos laços de parentesco decorrentes; os demais recebiam o sinete estigmatizante de filhos, irmãos e parentes ilegítimos. Após a Constituição de 1988, que igualou de modo total os cônjuges, os filhos de qualquer origem familiar, além dos não biológicos aos biológicos, a legitimidade familiar desapareceu como categoria jurídica, pois apenas fazia sentido como critério de distinção e discriminação. Neste âmbito, o direito brasileiro alcançou muito mais o ideal de igualdade do que qualquer outro.⁷⁸

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que a previsão constitucional de igualdade, atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana e à afetividade, foi determinante para a exclusão, observada no Código Civil de 2002, de normas tendentes a discriminar os filhos nascidos fora do casamento, em flagrante abandono do modelo patriarcal⁷⁹.

⁷⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: **Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 179/182.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil : famílias**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁷⁹ “A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana”. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: **Anais V Congresso Brasileiro De**

Ora, não sendo possível se falar em discriminação entre os filhos, seria possível argumentar que os indivíduos havidos por reprodução assistida *post mortem*, mesmo que concebidos após a extinção da sociedade conjugal pelo advento da morte⁸⁰, têm direito ao reconhecimento do laço paterno-filial, mormente porque, em consonância com o Código Civil, são presumidamente considerados concebidos na constância do casamento.

Conclui-se então pela viabilidade de uma defesa da reprodução assistida *post mortem*, bem como da garantia aos direitos da prole eventual, tanto no que se refere à filiação, quanto no que diz respeito à sucessão hereditária.

Capítulo II – Direitos sucessórios

1 – Do princípio da igualdade entre os filhos e da segurança material das relações jurídicas

O nascimento de uma criança, fruto de reprodução assistida *post mortem*, é um fato que enseja não só discussões concernentes ao direito à filiação, mas também quanto aos direitos sucessórios, como acima elucidado. A análise das diferentes perspectivas doutrinárias acerca do tema torna necessária a remissão aos dispositivos que regularam e regulam a matéria.

Inicialmente, cabe observar a redação do artigo 4º do Código Civil de 1916: “a *personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.⁸¹

Referida regra foi repetida no artigo 3º do anteprojeto de Código Civil de 1972. Todavia, na redação original do projeto de Lei nº 634/1975, foi suprimida a

Direito De Família. Família e Dignidade Humana / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 190.

⁸⁰ “Art. 1571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; [...]”. BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

⁸¹ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

expressão “desde a concepção”, em flagrante tentativa de aproximar os conceitos de nascituro e prole eventual⁸², como bem asseverou Jussara Meirelles:

Observa-se aludida aproximação a partir da justificativa do ilustre relator da Parte geral, Prof. José Carlos Moreira ALVES: “do art. 3º (atual 2º) suprimiram-se as palavras desde a concepção, para atender-se à objeção de que essa restrição entra em choque com os artigos 2007, I, 2008 (atuais 1987, I e 1988) do Anteprojeto, os quais – como sucede no Código vigente (art. 1718) – admitem à sucessão os filhos ainda não concebidos (nondum concepti).”

Em outras palavras, para não incidir na crítica que faz ao Código vigente que, embora se refira a direitos ‘desde a concepção’, admite direitos sucessórios à prole eventual (filhos não concebidos), o autor da Parte Geral preferiu suprimir a expressão do artigo 3º (atual 2º).

Ora, a personalidade civil depende do nascimento com vida. Mas a lei protege o nascituro. Como o projeto não mencionou que tal proteção deva se dar desde a concepção, e a justificativa para tanto foi a possibilidade de virem a ser chamados a suceder também os não concebidos, seria admissível a interpretação do referido dispositivo legal no sentido de incluir a prole eventual na noção de nascituro.⁸³

Entretanto, tal supressão não persistiu, porquanto o Senado Federal, através da Emenda 332/1997, houve por bem manter a distinção entre pessoa concebida e prole eventual, de modo que o artigo 2º do Código Civil de 2002 permaneceu com a mesma redação do artigo 4º do Código Civil de 1916.⁸⁴

A partir disto, seria possível entender como regra geral do diploma civil brasileiro, a ausência de proteção legal aos direitos da prole eventual.

Especificamente no tocante aos direitos sucessórios, merece destaque o artigo 1798 do Novo Código, que inaugura o Capítulo “Da Vocação Hereditária”, estabelecendo quais seriam as pessoas legitimadas a suceder: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*”⁸⁵

⁸² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000, p. 70/71.

⁸³ *Idem*, p. 70/71.

⁸⁴ *Idem*, p. 70/71

⁸⁵ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

Referido dispositivo é aplicável tanto à sucessão legal, quanto à sucessão testamentária⁸⁶, de modo que representaria a regra geral da capacidade para suceder, consubstanciando o requisito da existência do herdeiro.

Nessa vertente, o artigo 1799, inciso I do Novo Código configuraria uma exceção, na medida em que permite a disposição testamentária em favor de prole eventual, de modo a garantir-lhe direitos sucessórios, senão vejamos:

Art. 1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;⁸⁷

Tal interpretação legislativa levaria às seguintes conclusões: a) nos casos de reprodução assistida *post mortem*, os filhos assim concebidos não teriam direito à reservatória; b) a eles poderia ser garantido o direito à herança, apenas nos casos em que o pai dispusesse de bens, por testamento, em favor dos filhos ainda não concebidos de sua esposa.

[...] 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. E, ou bem está ele morto, acarretando a abertura da sucessão, ou bem está vivo nesse momento, o que demonstra a impossibilidade de beneficiar sua própria prole eventual. Mas poderá fazê-lo por via reflexa. Basta que indique a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozóide, se testadora. Em assim agindo, beneficiará os embriões congelados e provenientes de seu material genético, mas também a prole do indivíduo supérstite indicado e eventualmente havida com terceira pessoa. [...]⁸⁸

Ressalta-se, contudo, que a questão não pode ser resolvida mediante uma leitura pedestre dos aludidos dispositivos do Código de 2002, visto que se trata de normas infraconstitucionais, impondo-se uma interpretação à luz das regras e princípios constantes da Carta Magna de 1988, cujo artigo 227, § 6º dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos

⁸⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1784 a 1856)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86.

⁸⁷ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1784 a 1856)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 96.

*direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*⁸⁹

Tendo em vista referida norma constitucional, exsurge a seguinte questão: poderia o legislador ordinário suprimir a igualdade entre os filhos, restringindo os direitos sucessórios dos filhos concebidos após a morte do pai? A resposta que se impõem é negativa, mormente porque o direito à herança é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal. No entanto, há que se considerar que a possibilidade de surgimento de novos herdeiros, sem previsão temporal, geraria grande insegurança jurídica para os herdeiros já existentes na abertura da sucessão.

A esse respeito, interessantes são os apontamentos de Ana Claudia Scalquette:

O Código Civil, ao admitir que presumidamente é filho do casal aquele havido a qualquer tempo se excedentário da concepção artificial homóloga, e o havido da fecundação homóloga mesmo que falecido o marido, não está trazendo agora, como regra, a possibilidade de paternidade/filiação *post mortem* expressamente no diploma legal?

Determinar que a situação fosse reposta ao seu estado anterior, no que tange à partilha de bens, é insuficiente em termos sucessórios, pois seria admitir o comprometimento da segurança das relações jurídicas.

Por outro lado, negar o direito constitucional garantido no art. 5º, quanto à herança, é, sem dúvida, limitar os direitos daqueles que nós próprios agora reconhecemos como filhos por presunção.⁹⁰

Aqui, cabem considerações acerca da relatividade do princípio da segurança jurídica no direito sucessório, haja vista, por exemplo, a possibilidade de reconhecimento judicial de paternidade após a morte, que alteraria a vocação hereditária.

No nosso modo de sentir não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da herança, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório.

A título de exemplo observe-se que, se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três cotas iguais, nos termos dos artigos

⁸⁹ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

⁹⁰ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.211.

1.836 e 1.837, do Código Civil; no entanto, havendo ação de investigação de paternidade *post mortem* julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. artigo 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, existência de filho não-reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa.⁹¹

Portanto, constata-se um conflito entre dois princípios de índole constitucional, quais sejam, a igualdade entre os filhos⁹² e a segurança jurídica. Imprescindível, assim, que se proceda a uma ponderação, tendo em vista as consequências para cada uma das partes envolvidas.

2 – Da garantia dos direitos sucessórios submetida à concepção em determinado prazo.

A análise dos direitos sucessórios da prole eventual à luz do princípio da igualdade entre os filhos permite concluir que a norma do artigo 1798, concernente à legitimidade para suceder, não teria o condão de excluir os direitos sucessórios dos filhos havidos por reprodução assistida *post mortem*.

Para efeitos didáticos, entretanto, considere-se a hipótese de tomar a norma do artigo 1798 como parâmetro para negar o direito da prole eventual à herança. Neste caso, impende observar que a regra, comporta exceções, sendo permitido, por exemplo, a deixa testamentária em favor da prole eventual de pessoas indicadas pelo testador, consoante redação do artigo 1799, inciso I do Código Civil.

Cumprido esclarecer que nesta hipótese o legislador estabeleceu um prazo para a concepção do herdeiro esperado, sob pena de destinação dos bens

⁹¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: **Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 173/174.

⁹² “*Décadas se passaram nesse caminho para a conquista da dignidade constitucional com os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias à filiação, como veio no art. 227 da Constituição Federal, no art. 20 da Lei n. 8069, de 1990, o assim alcunhado Estatuto da Criança e do Adolescente, e mais tarde para o art. 1.596 do Código Civil, vigente desde 11 de janeiro de 2003, sob os princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana (...)*” FACHIN, Luiz Edson. **As intermitências da vida: o nascimento dos não filhos à luz do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, p. 22.

reservados aos herdeiros legais, salvo disposição testamentária em contrário. Veja-se o artigo 1800 do diploma civil:

Art. 1800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1775.

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

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

§4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.⁹³ (grifos nossos)

Neste caso, a viúva teria o prazo de dois anos, contados a partir da data da abertura da sucessão, para se submeter às técnicas de reprodução assistida, visto que findo tal lapso temporal, eventual prole concebida estaria desprovida do direito à herança *de cuius*.

Vale observar, no entanto, que o testador poderia garantir o direito à herança da prole eventual por um prazo superior a dois anos, caso fizesse uso de um instituto previsto nos artigos 1951 e seguintes do Código Civil, qual seja, o fideicomisso, senão vejamos:

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Art. 1952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.⁹⁴

Sobre a substituição fideicomissária, interessante é a lição de Henrique Ferraz Corrêa de Mello:

Fideicomisso é a instituição testamentária sucessiva, segunda a qual o testador ou fideicomitente contempla alguém como proprietário da coisa herdada ou legada, em primeiro grau (fiduciário), para, depois de certo tempo, ou sob certa condição, vir a ser a mesma transferida a outro proprietário, em segundo grau (fideicomissário).

⁹³ BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

⁹⁴ *Idem*.

[...] É no art. 1.952, porém, conforme veremos, que o legislador tratou de dar ao fideicomisso a feição mais próxima que os críticos sempre contemplaram, transformando o instituto em usufruto, se o fideicomissário, ao tempo da morte do testador, já houver nascido. Assim, literalmente, na acepção mais pura do termo, o fideicomisso apenas vigora hoje, em contemplação da prole eventual.

[...] Para que o fideicomissário ainda não nascido ou concebido por ocasião da morte do testador possa herdar, é preciso que tenha sido, no mínimo concebido, após a morte do testador, e no prazo de 2 (dois) anos da data da abertura da sucessão (art. 1800, §4º), a menos que o testador tenha disposto de outro modo.

[...] A não ser assim, se prazo algum houvesse, o adquirente ficaria sempre à mercê do fiduciário, que, a todo e qualquer momento, poderia alterar a sua vontade, constituindo a prole.⁹⁵

A partir disto, seria viável, por exemplo, que o testador instituísse sua esposa ou companheira como herdeira, resolvendo-se o direito desta em favor do filho concebido *post mortem*, no prazo de dois anos contados desde a abertura da sucessão, ou em prazo maior, fixado pelo testador.

Assim, nota-se que o indivíduo concebido *post mortem* pode ter seus direitos sucessórios garantidos através da deixa testamentária em seu favor. Contudo, a viabilidade desta garantia não torna inócua a discussão concernente ao direito da prole eventual à reservatória, que remete ao princípio da igualdade entre os filhos e à segurança das relações jurídicas.

Cabe salientar que a preocupação com a segurança das relações jurídicas suscita posicionamentos favoráveis à adoção de um prazo para a concepção da prole eventual, dentro do qual estaria garantido o direito à herança.

Nessa linha raciocínio, seria possível aplicar o prazo do artigo 1800, § 4º do Código Civil, por analogia, para fins de estabelecimento de um lapso temporal durante o qual os direitos sucessórios da prole eventual, não só à deixa testamentária, mas também à reservatória, estariam garantidos.

[...] A não fixação de um prazo para prole eventual do autor da sucessão surgida por fecundação artificial *post mortem* ocasionaria a perspectiva da utilização da ação de petição de herança pela criança gerada na reprodução medicamente assistida, sendo que os seus efeitos patrimoniais submeter-se-iam ao prazo previsto para prescrição aquisitiva uma vez que segundo Juliane Fernandes Queiroz, o sêmen pode ficar crioconservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado, sendo altamente prejudicial à ordem

⁹⁵ MELO, Henrique Ferraz Correa de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das sucessões, vol. XVII (arts. 1511 a 1638)** / Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. p. 202/203-241/242.

jurídica a espera indefinida de uma possível prole. Assim, entendemos que caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão.⁹⁶

Ainda, seria possível, por exemplo, utilizar-se da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05), que dispõem sobre a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados há mais de três anos. A adoção de referida lei como parâmetro tornaria impossível que a prole eventual nascida após o prazo trienal tivesse direito à reservatória, como bem ensina Ana Claudia Scalquette:

Em busca de outro paradigma quanto ao prazo de perda do direito à herança pelo herdeiro concebido após a morte de seu genitor, quando houver material genético criopreservado, encontramos a Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105/05.

O art. 5.º da referida lei [...] prevê:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

[...]_Após três anos de congelamento, ressalte-se, para aqueles embriões que já se encontravam congelados quando da publicação da referida lei e desde que exista consentimento dos genitores, os embriões podem ser destinados à pesquisa com o uso de suas células-tronco, ou seja, permitiu-se a utilização dessas vidas em potencial, pois se implantados gerariam um ser humano, culminando todo e qualquer direito a ser a eles resguardado, direitos pessoais e patrimoniais.

Uma vez cedidos à pesquisa, ainda que não utilizados imediatamente, já não pertencem mais a seus pais e, portanto, a potencialidade de virem a se tornar seres humanos formados fica afastada e, conseqüentemente, de serem considerados, no mínimo, sujeitos de direito condicionados ao nascimento com vida.

Pois bem, se assim já se permitiu foi porque, para o legislador, a intenção de implantar aqueles embriões, após três anos de congelamento – período que puderam refletir suficientemente sobre a decisão de ter ou não esses filhos -, poderia ser afastada por seus genitores, que lhes dariam outro destino que não o do congelamento eterno.

No caso da sucessão, a decisão também caberia a seus genitores: um deles deve deixar expressa a sua vontade de que seu material genético seja utilizado para gerar um novo ser, mesmo após a sua morte, e o outro deve

⁹⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: **Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 188.

atentar para o prazo de três anos para que a fertilização e/ou a implantação ocorram tempestivamente.

Uma vez estabelecidas as regras e cientes as partes envolvidas a questão deixaria de ser um problema para ser uma opção consciente do casal parental.

O prazo de três anos, por sua vez, não é demasiadamente longo a ponto de prejudicar sobremaneira os herdeiros já existentes à época do falecimento, destacando-se que, segundo a hipótese específica apresentada para o caso, já estariam eles em posse dos bens por força da abertura da sucessão provisória, que aqui gostaríamos de nomear de condicional; como também não é demasiadamente curto a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada.⁹⁷ (grifos nossos)

Destarte, observa-se que a busca pela garantia da segurança jurídica pode levar à aplicação de normas do direito brasileiro, que por analogia, estabeleceriam prazos para o nascimento da prole eventual, sob pena de não ter direito à herança.

3 – Da possibilidade de garantir direitos sucessórios à prole eventual independentemente da concepção em determinado prazo.

Em detrimento da possibilidade de se estabelecer um prazo, dentro do qual os direitos sucessórios dos herdeiros concebidos *post mortem* estariam garantidos, há que se cogitar a hipótese em que se rejeita a restrição do direito à herança da prole eventual, com base na data da concepção. Neste caso, abrem-se outras possibilidades, conforme esclarece Ana Cláudia Scalquette, citando Orosimbo Nonato:

Historicamente, fazemos um registro dos comentários de Orosimbo Nonato, que apresenta suas próprias conclusões, após relatar soluções propostas por estudiosos do direito pátrio e estrangeiro, na época, para dirimir o conflito entre os interesses dos herdeiros, já existentes, quando da abertura da sucessão e os da prole eventual. Atentemos para os argumentos.

Em relação à partilha dos bens da herança quando havia menção à prole eventual, uma das soluções propostas foi a de se proceder a uma partilha provisória entre os nascidos ao tempo da abertura da sucessão, sendo que aqueles que chegassem depois poderiam reivindicar sua parte, inclusive se estivesse em poder de terceiros. Outra era a da imposição do regime de indivisão temporária aos bens do espólio.

Segundo Orosimbo Nonato, a última solução seria inconveniente por manter, “indefinidamente o estado molesto de indivisão, a comunhão, nutriz de discórdia. Para reafirmar seu argumento, completa, comentando sobre o

⁹⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.214/216.

Código de 1916: 'ficou assim revogado o direito das Ordenações do Reino, derivado das fontes romanas, permissor de cláusula testamentária de indivisão, aliás por tempo indeterminado'.⁹⁸

Nessa toada, a prole eventual advinda da reprodução assistida *post mortem*, qualquer que fosse a época da concepção, teria, em tese, garantido o seu direito à herança do *de cujus*.

Cabe elucidar que o artigo 1824 do Código Civil prevê a ação de petição de herança, por meio da qual o indivíduo concebido *post mortem* poderia obter o reconhecimento de seu direito sucessório, bem como a restituição da herança, senão vejamos:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Ocorre que, consoante entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, a ação de petição de herança não é imprescritível: “*É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança*”.⁹⁹

Considerando-se que não há prazo legal específico para a pretensão do herdeiro, adota-se o lapso temporal de dez anos, previsto no artigo 205 do Código Civil: “*Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor*”.

Contudo, nos termos do artigo 198, inciso I do diploma civil, não corre prescrição contra os incapazes de que trata o artigo 3º.

Ora, se não corre prescrição contra aqueles que não possuem capacidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil, seria possível concluir que a contagem do prazo prescricional contra o herdeiro concebido após a morte do pai, só se iniciaria na data em que este completasse 16 anos.

⁹⁸ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre a Sucessão testamentária. Vol. II.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 29, *Apud* SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 218/219.

⁹⁹ STF Súmula nº 149 - 13/12/1963 - Ações de Investigação de Paternidade e de Petição de Herança - Prescrição - **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno.** Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 83.

Assim, o herdeiro concebido *post mortem* teria o prazo de dez anos para pleitear o reconhecimento de seu direito sucessório, sendo que o termo inicial da contagem do prazo seria a data em que completasse 16 anos, visto que neste momento é que se tornaria capaz, independentemente de representação, para exigir judicialmente tal reconhecimento.

Todavia, convém esclarecer que a viabilidade fática de se garantir à prole eventual seu direito sucessório requer o empréstimo de um instituto do direito civil previsto nos artigos 22 a 25 do Código de 2002, qual seja, o instituto da ausência. Isto é, a prole eventual seria equiparada aos ausentes, a fim de que fosse possível se falar na provisoriedade da sucessão.

No que diz respeito à sucessão provisória, interessantes são os apontamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

Como o desaparecido pode aparecer a qualquer momento, os bens não podem ser dissipados. A posse dos herdeiros fica sujeita a garantias prestadas por eles (art. 30; antigo, art. 473). A posse é provisória. Aquele que não puder apresentar garantias para usufruir dessa posse será dela excluído, ficando sua parte dos bens com o curador, ou outro herdeiro designado pelo juiz, que possa apresentar tal garantia (art. 30, § 1º, antigo, parágrafo único do art. 473).

A lei procura assegurar ainda a preservação maior do patrimônio, determinando que os bens imóveis sejam confiados em sua integridade aos sucessores provisórios mais idôneos. Não podem ser alienados na sucessão provisória, salvo para evitar sua ruína. Se os bens não podem ser alienados na sucessão provisória, os frutos podem ser vendidos. Se o ausente aparecer, ou se souber de sua existência, durante a posse provisória dos herdeiros, perdem eles todas as vantagens, devendo tomar, no entanto, medidas assecuratórias até a entrega dos bens ao dono (art. 36; antigo, art. 480).

A sucessão definitiva só pode ocorrer, pelo mais recente Código, dez anos depois de passada em julgado a sentença concessiva de sucessão provisória, podendo então ser levantadas as cauções prestadas (art. 37).

[...]

[...] Na sucessão definitiva, a posse provisória dos herdeiros é transformada em propriedade resolúvel, já que, se o ausente regressar nos 10 anos seguintes à abertura da sucessão definitiva,

'ou algum de seus descendentes, ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo' (art. 39; antigo, art. 483).

¹⁰⁰ (grifos nossos)

Neste diapasão, tem-se que os demais herdeiros poderão ter a posse dos bens que formam o espólio, entretanto, tal posse será provisória durante os dez

¹⁰⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**, v. 7, 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 73/74.

anos seguintes à abertura da sucessão, ou em prazo menor, caso reste demonstrado que a reprodução assistida não se faz mais possível. Findos tais lapsos temporais, a posse provisória se converterá em propriedade resolúvel, visto que na hipótese de concepção *post mortem* na década seguinte à conversão, resolve-se o direito dos demais herdeiros sobre a coisa, sem prejuízo da observância a eventuais quinhões hereditários a eles pertencentes.

Entretanto, cumpre observar que a posse provisória pode ensejar a aquisição da propriedade por usucapião. Assim, aqueles a quem seria deferida a sucessão legal, em concorrência com a prole eventual ou não, consoante a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1829 do Código Civil, poderiam se valer do instituto da usucapião para adquirir a propriedade sobre o bem móvel ou imóvel que estiver sob sua posse, de modo a evitar a perda da posse, por ocasião de eventual concepção de outro herdeiro do *de cuius*. Admitida a aquisição da propriedade, por meio da usucapião, a prole eventual não mais teria direito aos bens usucapidos pelos demais herdeiros.

Sempre que transcorrido o lapso temporal referente à prescrição aquisitiva, pode o meio originário de aquisição da propriedade ser oposto como meio de defesa pelo herdeiro aparente ou quem por ele, ou como seu sucessor, se encontre na posse dos bens da herança. Defesa desse jaez deve ser exercida individualmente, ou seja, relativamente a cada coisa pertencente à herança.¹⁰¹

Ocorre que a discussão acerca da possibilidade de usucapião dos bens possuídos provisoriamente pelos herdeiros, em detrimento do direito à herança da prole eventual, não pode ser considerada pacífica, o que torna de suma importância a atuação dos magistrados¹⁰², em análise a casos como estes.

Constata-se, assim, que dificilmente se poderá cogitar de uma garantia *ad eternum* dos direitos sucessórios dos indivíduos concebidos mediante reprodução assistida *post mortem*.

¹⁰¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1784 a 1856)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196.

¹⁰² "A jurisprudência deve estar aberta, em seu papel construtivo, a valores culturais e sociológicos, precisamente para evitar que a concepção normativa não obste o espaço para a realização pessoal e familiar". FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 96.

Conclusão

A abordagem de cada questão apresentada no presente trabalho não foi em vão. Procurou-se estabelecer uma linha de raciocínio que permitisse a formação de conclusões sobre a possibilidade de se levar a efeito a reprodução assistida *post mortem*, bem como analisar as eventuais consequências advindas desta experiência. Para tanto, primou-se pela análise das questões éticas e psicológicas que envolvem o tema. Todavia, por se tratar de um trabalho jurídico, deu-se especial atenção às normas do ordenamento jurídico brasileiro que poderiam ser aplicadas ao caso em comento.

Como foi elucidado ao longo do trabalho, não há regra no direito brasileiro que permita expressamente a utilização do sêmen do doador falecido, para fins de reprodução assistida. Destaca-se, contudo, que entre as normas éticas anexas à Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, há disposição no sentido de que o papel das técnicas médicas de reprodução é auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana. Não obstante, há previsão expressa tendente a afastar discussões quanto à ética do procedimento da reprodução assistida *post mortem*. Deste modo, é possível classificar o Brasil no grupo de países nos quais se faz possível discutir a possibilidade do uso de referidas técnicas após a morte do doador do material genético. Neste grupo, merece destaque a Itália, visto que seu ordenamento jurídico possui semelhanças em relação ao brasileiro, na medida em que prevê a capacidade da prole eventual de pessoa viva ao tempo da morte do testador, de suceder por testamento, previsão esta também constante do artigo 1799, inciso I do Código Civil Brasileiro.

Insta salientar que tal dispositivo, atrelado ao disposto no artigo 1597, inciso III do mesmo diploma legal, o qual dispõe sobre a presunção de concepção na constância do casamento aos filhos havidos por fecundação artificial, mesmo que falecido o marido, permite concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a reprodução assistida *post mortem*. A questão a ser superada, então, diria respeito às consequências de se levá-la a efeito, em especial, no que tange aos direitos da prole eventual.

Novamente, é salutar a remissão ao artigo 1799 do Código de 2002, cuja leitura pedestre poderia levar à conclusão de que os filhos concebidos após a morte do pai não teriam direito à reservatória, sendo possível apenas a garantia do direito à herança através de disposição testamentária que os favorecesse. Sendo assim, nota-se a importância de uma leitura desta regra à luz do artigo 227, § 6º da Carta Magna, que dispõem sobre a igualdade entre os filhos, permitindo a conclusão de que não se faz possível restringir os direitos sucessórios dos filhos concebidos após a abertura da sucessão.

Por outro lado, é necessário considerar que a possibilidade de surgimento de novos herdeiros sem limitação temporal poderia gerar insegurança jurídica àqueles existentes à época da morte do autor da herança. Nesse sentido, destaca-se a viabilidade do estabelecimento de um prazo para a concepção *post mortem*, dentro do qual estariam garantidos os direitos sucessórios da prole eventual tanto à eventual deixo testamentária, quanto à reservatória. Para tanto, seria possível a utilização, por analogia, de normas do direito brasileiro, como o artigo 1800, § 4º do Código Civil, ou ainda artigo 5º, inciso II da Lei nº 11.105/05, por exemplo.

No entanto, há quem rejeite a restrição do direito à herança da prole eventual com base na data da concepção. Neste caso, o indivíduo concebido *post mortem* poderia, independentemente da data da concepção, pleitear o reconhecimento de seu direito sucessório, bem como a restituição da herança, através da ação de petição de herança prevista no artigo 1824 do Código Civil.

Ocorre que a possibilidade de garantir direitos sucessórios à prole eventual torna necessário o empréstimo do instituto da ausência, a fim de que se possa falar na provisoriedade da sucessão. Assim, os herdeiros existentes ao tempo da morte do autor da herança poderiam ter a posse provisória dos bens que formam o espólio durante o prazo de até dez anos. Findo tal lapso temporal, a posse provisória se converteria em propriedade resolúvel, visto nos dez anos seguintes, eventual concepção *post mortem* de um filho do *de cuius* poderia implicar na resolução dos direitos dos demais herdeiros sobre a coisa.

Salienta-se, contudo, que a posse provisória pode ensejar aquisição da propriedade por usucapião, o que configuraria um óbice à garantia *ad eternum* dos direitos sucessórios da prole eventual. Ocorre que eventual restrição do direito à

herança da prole eventual não pode ser tomada como regra, havendo que se considerar a possibilidade de discussão nas vias judiciais.

Resta, assim, indene de dúvidas, que a reprodução assistida *post mortem* é um tema controverso, tornando imprescindível a atuação dos magistrados.

Dúvida não pode haver: a tarefa hermenêutica é construtiva, e por isso mesmo crítica. Nesse patamar da interpretação prospectiva soa relevante eleger premissas que obstem qualquer possibilidade de retrocesso em relação ao nível de conquistas alcançado pela nova cultura jurídica do Direito Civil. Horizonte de especial atenção será edificado pela jurisprudência, apresentando-se ímpar oportunidade de beneplacitar nos tribunais a construção doutrinária que abriu as portas do século XXI.¹⁰³

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório. In: **Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 172

AUTOS nº 27862/2010, 13ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____, Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial de 16/07/1990**, p. 13563.

_____, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de 11/01/2002**, p. 1.

_____, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358, de 19 de novembro de 1992. **Diário Oficial de 19/11/1992**, Seção I, p. 16053.

_____, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957, de 06 de janeiro de 2011. **Diário Oficial da União de 06/01/2011**, Seção I, p. 79.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1591 a 1710)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. **Comentários ao Código Civil brasileiro, volume XIV: do direito de família**. Coordenadores: Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Comentários ao novo Código Civil, volume XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **As intermitências da vida: o nascimento dos não filhos à luz do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIEVE, Régis. **Os Comitês de Ética em Pesquisa Médica na França**. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/345/412>.

Acesso em: 23/08/2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito de família, vol. XIV (arts. 1511 a 1638)** / Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro "Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional", sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>> acessado em 26/09/2011.

_____. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões, vol. 20 (arts. 1784 a 1856)** / Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito – aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LEITÓLES, Fernanda; GERON, Vitor. Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 21/06/2011.

Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1139440>>.

Acesso em: 13/10/2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil : famílias**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Henrique Ferraz Correa de. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das sucessões, vol. XVII (arts. 1511 a 1638)** / Arruda Alvim e Thereza Alvim (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

MULHER pode ter filho de marido morto. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2204152/mulher-pode-ter-filho-de-marido-morto>>.

Acesso em: 24/09/2011

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. In: **Anais V Congresso Brasileiro De Direito De Família. Família e Dignidade Humana** / Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

STF Súmula nº 149 - 13/12/1963 - Ações de Investigação de Paternidade e de Petição de Herança - Prescrição - **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno**. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 83.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões, v. 7, 7ª Ed.** São Paulo: Atlas, 2007