

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ANA SOFIA DE SOUZA FABRE

**OS REFLEXOS, NO DIREITO SUCESSÓRIO, DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

FLORIANÓPOLIS - SC

2014

ANA SOFIA DE SOUZA FABRE

**OS REFLEXOS, NO DIREITO SUCESSÓRIO, DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Renata Raupp Gomes, Me.

FLORIANÓPOLIS - SC

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Os reflexos, no Direito Sucessório, da inseminação artificial homóloga post-mortem**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Ana Sofia de Souza Fabre**, defendido em **28/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

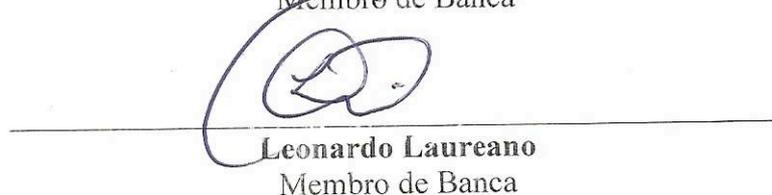
Florianópolis, 28 de Novembro de 2014.



Renata Raupp Gomes
Professor(a) Orientador(a)



Aline Boschi Moreira
Membro de Banca



Leonardo Laureano
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Às vezes, a caminho de um sonho, a gente se perde e acaba encontrando outro sonho melhor. Nem sempre – ou quase nunca – é tão fácil quanto parece. Tomar decisões que podem mudar nossas vidas é aterrador. É preciso um tanto de coragem, e mais um pouco de confiança, para trocar o certo pelo desconhecido, o convencional pelo irreverente, simplesmente por acreditar em alguma coisa. Ainda mais quando muitas pessoas à sua volta não acreditam e não entendem. Mas a jornada é minha, e não delas. Por isso meus agradecimentos vão àquelas – poucas – pessoas que acreditaram.

À minha mãe, que sempre quis o que acreditou que era o melhor para mim, por aceitar que eu seguisse meu próprio caminho. A liberdade tem um peso muito grande, por incrível que pareça, e algumas pessoas vêm nos ajudar a tirar esse peso das costas, e carregar nas delas. Eu te amo muito, mãe (mesmo com todo aquele drama sobre “como-eu-não-vou-conseguir-terminar-meu-TCC”).

Ao meu irmão, a quem eu carinhosamente chamo de bóka, por me tirar a pressão da realidade de vez em quando. Toda vez que estamos juntos, seja para assistir seriados ou fazer supermercado, eu esqueço da vida, dos problemas e da nossa idade. Eu te amo, bóka. Obrigada pela companhia, pelas piadas e por me bancar quando não tenho dinheiro.

À Rose, que é parte da nossa família, por ser minha segunda mãe. Por estar sempre por perto garantindo que eu esteja bem, por se preocupar comigo e rir comigo, e por fazer a melhor torta de limão da face da Terra. Agradeço por ela ter entrado na minha vida 24 anos atrás e nunca ter saído.

Ao Léo, meu amigo e fiel escudeiro. Escudeiros são assessores pessoais do soberano (no caso, eu), que possuem um título de honra e seu próprio escudo de armas. Ele não tem um escudo de armas (eu acho), mas tem um título de honra. Agradeço por ser uma daquelas raras pessoas com quem posso contar 100%, seja para planejar uma guerra, programar uma rota de fuga ou escrever um TCC.

À minha orientadora, Renata Raupp Gomes, por ser exatamente a pessoa que eu procurava quando busquei orientação. Por ser tranquila e direta, por não ter frescuras, por ser extremamente querida e, ainda, por ser uma das pessoas mais inteligentes que já conheci. Ela é o maior motivo pelo qual eu não enlouqueci nesses 5 meses.

Por fim, agradeço a Deus por reunir todas essas pessoas na minha vida; a meu anjo da guarda, por me proteger, e a meu pai Zalmi e a minha bisavó Antonieta, por me olharem aí de cima e guiarem meu caminho. Por serem parte do motivo pelo qual eu acredito que, no fim, tudo dá certo – seja na vida ou no TCC.

Você acha que ela acordou numa manhã
e disse: “Acho que eu vou fazer Direito”?

(PROFESSOR CALLAHAN, EM LEGALMENTE
LOIRA)

RESUMO

FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os Reflexos, no Direito Sucessório, da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem***. 2014. 56 f. Monografia (Graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2014

A Medicina e a tecnologia avançam de tal forma que muitas vezes vão além do alcance do Direito. Prova disso são as técnicas de reprodução assistida, que hoje permitem a concretização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, uma forma de manter vivos os planos familiares iniciais de um casal cujo cônjuge veio a falecer. Numa análise de todos os direitos dos envolvidos, sejam eles o direito da viúva ao material genético do *de cujus*, o direito de filiação da criança que será concebida e a própria abertura de sucessão para essa criança, entende-se que, quando o Direito apresenta lacunas, é preciso encontrar formas diferentes, porém justas, de se lidar com os casos concretos, mesmo que excepcionais. Sopesando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade, da isonomia de tratamento entre os filhos e da proteção ao melhor interesse da criança, juntamente com o direito fundamental à herança e suas normas de funcionamento, e a presunção de paternidade, presentes no Código Civil brasileiro, conclui-se que, não só há o direito de essa criança ser concebida, como ainda ela possuirá tudo aquilo a que tem direito, como se nascida por qualquer outra forma de reprodução fosse. Afinal, de todos os entes envolvidos na questão, é ela, a criança, a que merece a maior proteção e os menores ônus possíveis.

Palavras-chave: reprodução assistida, inseminação artificial *post mortem*, direito sucessório

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Idade e Fertilidade Feminina	13
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	13
1.1 Tipos de métodos e implicações	13
1.2 Inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	16
1.3 Direitos do genitor sobrevivente quanto ao material biológico do <i>de cujus</i>	20
2 DOS DIREITOS DOS FILHOS	26
2.1 Direitos de família	26
2.2 Direitos sucessórios	28
2.3 Direitos das crianças	33
3 DOS REFLEXOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> NO DIREITO SUCESSÓRIO	37
3.1 Direitos sucessórios da criança concebida <i>post mortem</i>	38
3.2 O que está sendo feito: projetos de lei e jurisprudência	41
3.3 A discussão no resto do mundo	47
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Quando a Medicina avança além da alçada do Direito, de quem é a última palavra? Até onde vai o limite que separa o progresso do juridicamente aceitável? Se por um lado há a preocupação com as questões éticas envolvidas com o desenvolvimento da medicina e as suas consequências para a sociedade, por outro há, além da evolução tecnológica, a vida e as escolhas de pessoas que podem se beneficiar dessa nova realidade.

Da mesma forma como ocorreu com as pesquisas com células tronco, as técnicas de reprodução artificial levantam diversas questões a serem pensadas, principalmente no âmbito do Direito. Esses questionamentos não só necessitam como devem ser amplamente discutidos e difundidos, para que saiam da zona cinzenta que hoje habitam.

A infertilidade não é mais uma barreira intransponível para a concepção de um bebê: as diferentes técnicas de reprodução assistida são cada vez mais comuns e acessíveis às mulheres e aos casais que desejam ter filhos. O planejamento familiar e a decisão pela reprodução assistida, quando a natural não é possível, são prerrogativas que cabem somente aos diretamente envolvidos; afinal ser mãe, nas palavras da jornalista italiana Oriana Fallaci (1975, tradução livre), “não é uma profissão; não é nem mesmo um dever: é apenas um direito entre tantos outros”.

No entanto, as divergências começam no momento em que a Medicina avança a ponto de uma criança poder ser gerada mesmo após a morte do pai. Ao morrer, uma pessoa deixa um legado: família, desejos e bens para trás. As decisões a respeito desse legado passam a ser não mais uma prerrogativa, iniciando-se uma discussão acerca de quais direitos prevalecem sobre quais, a fim de garantir a justiça. Da viúva, da família, dos sucessores do *de cuius* ou dos operadores do Direito: de quem é, enfim, o direito de decidir sobre essa questão?

Atualmente, as discussões a respeito do direito de suceder da criança nascida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* têm levado contendas ao Poder Judiciário, tanto no Brasil quanto no resto do mundo. Apesar de o assunto não

ser pacífico na doutrina brasileira, e de cada caso ter de ser analisado isoladamente, o número de crianças geradas por meio de técnicas de reprodução assistida cresce no mundo todo, e os casos em que isso ocorre *post mortem* também, devido aos avanços da medicina. A primeira decisão sobre o assunto no Brasil se deu em forma de liminar, em 2008, e desde então ainda não há um entendimento sobre o tema. Tanto a legislação brasileira quanto o Conselho Federal de Medicina silenciam-se sobre a questão, que pode e deve ser tratada com maior clareza, de forma a estabelecer limites e possibilitar o avanço da medicina de forma eticamente responsável.

A discussão é crucial numa época em que a maioria das mulheres está decidindo ter filhos cada vez mais tarde, num país cuja taxa de infertilidade chega a 20% e cuja reprodução assistida representa o maior número da América Latina, segundo a Organização Mundial da Saúde, OMS (2010). O aumento na incidência de cânceres e de doenças cardiovasculares, entre as principais causas de mortalidade no mundo, também contribui para a importância da discussão. Diretrizes e limites devem ser estabelecidos não só para a prática responsável, mas também para o futuro das crianças que virão a nascer por meio desse tipo de reprodução artificial, um fato cada vez mais comum em todo o mundo.

Ainda que acadêmicos e doutrinadores discutam acerca do tema em artigos, e que a jurisprudência brasileira já tenha se posicionado em alguns casos, isso vem ocorrendo de forma isolada, sendo dispersas as manifestações quanto às hipóteses de permissão da prática e à aplicação do direito sucessório. Assim, visualizando-se a relevância do assunto, o silêncio da legislação vigente e o dissenso e a escassez doutrinários quanto aos casos, um estudo sobre o tema não só é importante, como também é um sopro de frescor nas discussões sobre direito sucessório.

O presente estudo objetiva adentrar a discussão a respeito da inseminação artificial *post mortem*, analisando os princípios e as cláusulas presentes no direito constitucional e civil brasileiro e verificando qual a melhor forma de lidar com as hipóteses de sucessão da criança nascida por esse método de reprodução assistida, a fim de garantir e resguardar seus direitos como criança e como herdeira.

O trabalho desenvolve-se com base no método dedutivo, por meio de análises bibliográficas e pesquisa de casos concretos que venham adicionar à discussão do tema.

O estudo se divide em três capítulos, cada um deles subdividido, ainda, em três tópicos. O primeiro capítulo, “Das Técnicas de Reprodução Assistida”, discorre sobre as variadas técnicas de que dispõem, nos dias de hoje, casais que pretendem engravidar e não o conseguem de forma natural. Faz-se uma diferenciação entre os diferentes tipos e métodos, a fim de adentrar o tópico da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Passa-se então à discussão acerca dos direitos sobre o material biológico do falecido, e aos direitos da viúva de realizar o procedimento.

O segundo capítulo, intitulado “Dos Direitos dos Filhos”, expõe questões acerca do Direito de Família, e sobre o direito de filiação da criança concebida por inseminação póstuma. Logo em seguida, discorre a respeito do Direito Sucessório brasileiro, analisando as diferentes vertentes doutrinárias existentes sobre o assunto. O último tópico trata dos direitos das crianças, garantidos pela legislação, e das necessidades e das formas de proteção desses que são os verdadeiros objetos das discussões sobre reprodução assistida.

O terceiro e último capítulo, denominado “Dos Reflexos da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem* no Direito Sucessório”, faz, primeiramente, um exame dos direitos das crianças concebidas por inseminação artificial homóloga *post mortem*, e em seguida uma análise da jurisprudência brasileira e dos projetos de lei existentes, para então buscar exemplos do tema nos demais países do mundo, como forma de enriquecer futuros estudos a respeito dos direitos do concepturo¹.

O objetivo principal do estudo é a verificação da possibilidade de direito sucessório da criança concebida por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Uma análise do Direito constitucional e infraconstitucional brasileiro, bem como do tema no resto do mundo, é o ponto de partida na busca de respostas para perguntas a respeito do direito sobre o material biológico do falecido, da filiação da criança concebida após a morte do pai, e de seus direitos de sucessão.

¹ Aquele que está para ser concebido, no caso a criança que será fruto de uma inseminação

1 DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Ter filhos é o mais próximo do sentido da vida a que chegam a maioria das mulheres. Formar uma família ainda é o objetivo maior da vida de muitas pessoas, e, apesar de ter perdido seu papel e suas formas tradicionais, a família continua sendo o núcleo natural da sociedade.

Ainda que muitos casais decidam por não terem filhos, é inegável que esse é o fim principal de um casamento. Não que a procriação seja a essência do matrimônio, mas é um de seus maiores intentos, e provavelmente aquele que gera mais expectativas e demanda mais planejamento de ambos os cônjuges.

Por esses e outros motivos, a descoberta da infertilidade é um duro golpe nos planos conjugais. O sentimento de inferioridade é apenas um dos muitos listados como consequências da infertilidade, o que pode, inclusive, levar à depressão. Resolvida por meio da adoção ou das mães de substituição – amplamente conhecidas como barrigas de aluguel – a infertilidade ainda só não tornava possível um fato: o de gerar e dar à luz.

Não foi até 1978, segundo William Artur Pussi (2007), com o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, que se conseguiu resolver a questão: as mulheres poderiam finalmente realizar o sonho de ser mães sem abrir mão da gestação. A medicina avançou de tal maneira que, hoje em dia, isso é possível e acessível à boa parte da população. Como todo remédio, porém, tem seus efeitos colaterais, e é essa linha tênue entre o desenvolvimento tecnológico e a ética humana que a maioria das pessoas tem medo de cruzar.

1.1 Tipos de métodos e implicações

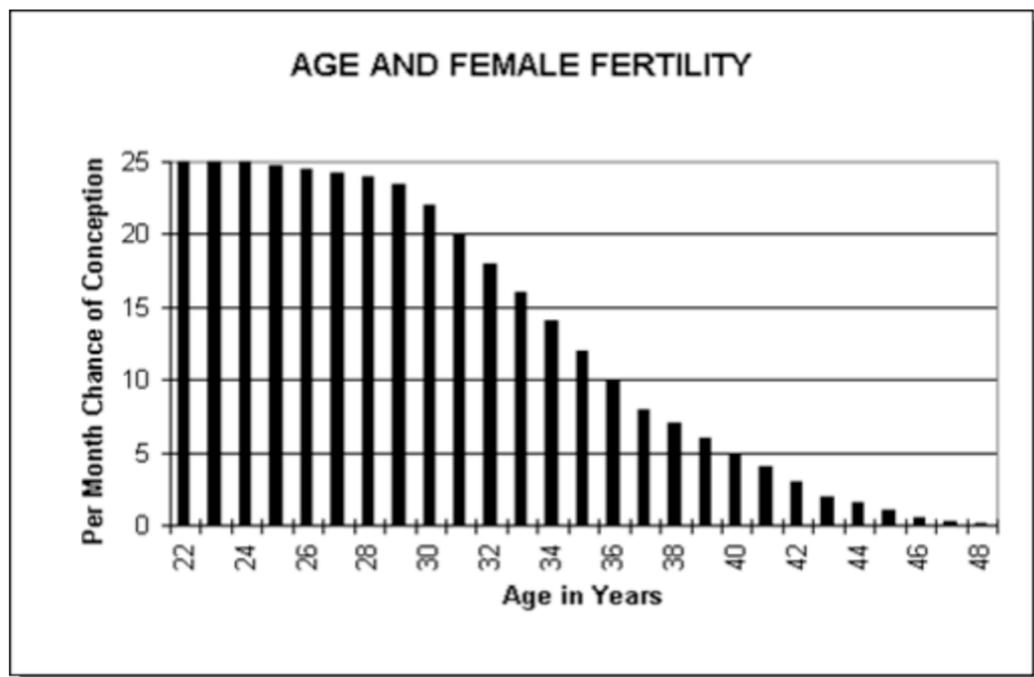
A frase da escritora norte-americana Barbara Kingsolver (2009, tradução livre), mesmo não se referindo originalmente à medicina, resume bem o que são, de fato, as técnicas de reprodução medicamente assistidas: “a força da maternidade é maior que as leis da natureza”. Apesar de as chances de sucesso de concepção

serem desfavoráveis – nos cenários mais positivos, mal chegam a 40% – o número de bebês nascidos no mundo por meio desse tipo de técnica já soma 5 milhões, segundo a Sociedade Europeia de Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) (2013).

Inicialmente desenvolvidas para a procriação de animais e plantas, as técnicas de reprodução assistida evoluíram radicalmente, e hoje são a principal solução para casais que desejam engravidar, mas não conseguem.

Segundo dados do Centro de Medicina Reprodutiva do Sul da Califórnia (2014), as chances de uma mulher saudável engravidar já são, por si, pouco animadoras: cerca de 20% a 25%, se ela estiver em seus 20 anos de idade. Esse número cai consideravelmente com a idade, e uma mulher na faixa dos 35 anos tem em média apenas 10% de chance, por ciclo, de engravidar. A relação é a que se segue:

Figura 1: Idade e Fertilidade Feminina



Fonte: SART/CDC (2010 *apud* JONES, 2012).

Somem-se a isso fatores como o número cada vez maior de mulheres no mercado de trabalho cuja prioridade é a carreira, adiando a maternidade para além

dos 30 anos, o estresse, a má-alimentação e hábitos como o tabagismo e o alcoolismo, fatores externos que diminuem a fertilidade, e não é nada alarmante entender como, pelos dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) (2010), 1 em cada 5 casais apresenta problemas de infertilidade.

Ainda segundo a referida organização, a infertilidade é definida clinicamente como a incapacidade de engravidar após dois anos de relações sexuais regulares sem o uso de métodos contraceptivos. Após o primeiro ano, no entanto, a própria Organização Mundial da Saúde (OMS) (2010) aconselha que se faça uma avaliação médica na busca por respostas; e é nessa busca, portanto, que muitos casais acabam optando por métodos de reprodução assistida.

As técnicas de reprodução medicamente assistida podem ser classificadas em intra-corpóreas e extracorpóreas, e, ainda, em homólogas e heterólogas.

A reprodução intra-corpórea é a inseminação artificial (IUI), que se dá quando o sêmen masculino é coletado e processado em laboratório, e introduzido no útero feminino na época da ovulação. A técnica reduz o trabalho do espermatozoide para chegar ao útero, e é muito utilizada em casos de distúrbios de ovulação, alterações na mucosa cervical, dificuldade de ejaculação ou qualidade do sêmen. É a primeira linha de tratamento de casais que sofrem de infertilidade, e a mais acessível (MIKOLAJCZYK et al., 2013).

De acordo com a Agência Francesa de Biomedicina (ABM) (2013), as taxas de sucesso giram em torno de 8% a 15%, e dependem não só dos problemas de infertilidade apresentados previamente como também da utilização combinada de hormônios e drogas e da manipulação do sêmen em laboratório. Análises das circunstâncias, como taxa de hormônios femininos, número de óvulos por ovulação, qualidade da mucosa, número de espermatozoides presentes no sêmen, hábitos de vida do casal, entre outros fatores, podem precisar melhorar as chances de a concepção ser bem sucedida.

A reprodução extracorpórea é a chamada fertilização *in vitro* (IVF), por meio da qual tanto o sêmen quanto os óvulos são recolhidos e fecundados fora do corpo humano, formando embriões que serão, posteriormente, implantados no útero materno.

Há três métodos diferentes de fertilização *in vitro*, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) (2010).

Na Transferência Intratubárica de Gametas (GIFT), os óvulos e os espermatozoides são tratados e selecionados em laboratório, e então implantados no útero, na mesma hora. Assim, a fertilização, de fato, se dá *in vivo*.

Na Transferência Intratubárica de Zigotos (ZIFT), os óvulos e os espermatozoides selecionados permanecem *in vitro* por até 24h, quando se dá a fecundação, sendo aí o zigoto implantado no útero.

Na Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), um único espermatozoide é injetado no óvulo, em laboratório, para que o embrião resultante seja implantado no útero materno.

Segundo a Associação Americana de Medicina Reprodutiva (2013), as chances de sucesso pela fertilização *in vitro* são consideravelmente maiores, de 20% a 40%, dependendo de fatores como histórico médico, idade da mãe, problema de infertilidade apresentado e hábitos de vida do casal. Esse número também se reflete nos custos do procedimento, que são altos.

Por conta dos altos custos e da não-garantia de sucesso, era comum a aplicação, pelas clínicas, de seis a oito embriões durante o procedimento, o que aumentou o número de gêmeos, trigêmeos e quadrigêmeos nascidos fruto de técnicas de fertilização *in vitro*. Assim, no início dos anos 90, o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução de n. 1.358/1992, limitou o número de embriões passíveis de aplicação a apenas quatro – o que, por si, reduz, mas não elimina, o risco de gestação múltipla (CUNHA DE SOUZA, 2010).

A polêmica em torno da fertilização *in vitro* se dá por conta do que é feito dos embriões que não são utilizados após o sucesso do procedimento: seu descarte ou seu uso por outros casais ainda geram discussões nos campos da bioética e da medicina legal.

As técnicas de reprodução assistida também podem ser divididas em homólogas ou heterólogas. São homólogas quando os gametas utilizados são do próprio casal, e heterólogas quando os gametas – tanto o feminino, quanto o masculino, ou ambos – são de um doador anônimo (CUNHA DE SOUZA, 2010).

1.2 Inseminação artificial homóloga *post mortem*

O caso francês conhecido como *Affair Parpalaix* é o que se pode chamar de marco inicial nas discussões sobre inseminação artificial homóloga *post mortem*. Na França, em 1984, o jovem casal Alain Parpalaix e Corrine Richard vivia em união estável quando Alain foi diagnosticado com câncer nos testículos. Assim, antes de iniciar tratamento com quimioterapia, o que poderia deixá-lo estéril, Alain procurou um banco de sêmen para depositar seu material genético e garantir que pudesse ainda vir a ter filhos com sua mulher; o que acabou não ocorrendo, vindo Alain a falecer dias depois de seu casamento (FREITAS, 2008).

Corine procurou o banco de criopreservação para retirar o material biológico de seu falecido marido para fins de inseminação artificial *post mortem*, e teve seu pedido negado pelo banco, que alegou não haver legislação no país sobre o assunto. O caso foi levado a juízo, onde o Tribunal Francês de Créteil condenou o banco à entrega do material genético. À época da realização do procedimento, no entanto, devido à morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois o material preservado não estava mais próprio à fecundação (FREITAS, 2008).

Quando a inseminação artificial homóloga ocorre após a morte do marido ou companheiro, ela é chamada de *post mortem*. É comum em casos de doenças cujo tratamento – cirúrgico ou por meio de quimioterapia e radioterapia – pode deixar o paciente estéril, ocasião em que, por indicação médica, se faz a coleta do sêmen para o banco de criopreservação. Pode ocorrer também quando o marido ou o companheiro, cujo sêmen constava em banco para futura reprodução assistida, padece de um mal súbito ou é vítima de algum acidente, apesar de ser também medicamente possível o recolhimento do esperma após a morte declarada (BRAUN et al., 2007).

Nos casos em que o recolhimento do material biológico se deu antes da morte, o próprio banco de criopreservação possui um documento, assinado pelo *de cuius* na ocasião do contrato, que permite sua utilização para fins de inseminação artificial. Nem todos os contratos, no entanto, trazem cláusulas que autorizem a utilização mesmo após o falecimento do contratante. A discussão gira em torno da omissão nesse documento, ou seja, se a viúva teria o direito de usar o esperma e gerar um filho após a morte do seu marido ou companheiro, e se essa criança, quando gerada, teria direitos de sucessão.

Quanto à coleta *post mortem*, há casos relatados em países como Austrália e Hungria de mulheres que vieram a requerer a coleta do sêmen para inseminação artificial após a morte do cônjuge, o que é passível de ocorrer em até 24 horas após o falecimento, quando o sêmen ainda é utilizável e pode ser congelado para futura utilização – a qual, sem dúvidas, é a questão mais polêmica, tanto no âmbito ético da medicina quanto no âmbito legal (TASH et al., 2003).

A chamada “recuperação de espermatozoides *post mortem*”, ou PMSR, na sigla em inglês, pode ser feita por meio de um procedimento cirúrgico na hora da doação de órgãos, ou por procedimentos menos invasivos, como extração ou aspiração de esperma (TASH et al., 2003).

Apesar de não haver leis que regulem a recuperação de espermatozoides *post mortem* em alguns países, o que permite que seja feita, dependendo do caso concreto, a técnica é proibida em países como a França, a Alemanha e o Brasil, que, conforme a Resolução n. 1.385/1992 do Conselho Federal de Medicina, proíbe a utilização do esperma do doador para inseminação artificial sem sua autorização por escrito (GHOLIPOUR, 2010).

Assim, de forma a regular essas questões éticas que aparecem junto aos avanços da Medicina, vem nascendo um novo campo no Direito. O biodireito é a vertente responsável por analisar a legislação e a jurisprudência e regular a conduta humana em relação às práticas médicas e à biotecnologia. Para Karla Corrêa Cunha e Adriana Moraes Ferreira (2008), a bioética é uma forma de guiar a conduta dos profissionais da saúde sob a luz de valores e princípios morais, e o biodireito é o campo que provê aos juristas instrumentos de solução para os problemas éticos encontrados com os avanços tecnológicos da sociedade atual.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 2005, da qual o Brasil é signatário, orienta, com base em valores comuns, segundo Laura Affonso da Costa Levy (2001, p. 26) “os avanços científicos, o desenvolvimento tecnológico e a transformação social, servindo de guia aos Estados na elaboração de legislações e políticas públicas, bem como aos indivíduos, grupos, comunidades e instituições”.

A Declaração assegura, em seu artigo terceiro, que:

1. A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados.

2. Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

Além da dignidade da pessoa humana e dos direitos e liberdades fundamentais, o texto ainda consagra uma série de princípios norteadores do biodireito, dentre os quais os principais são o princípio da autonomia da vontade e o princípio da beneficência.

As palavras do filósofo inglês John Stuart Mill (1909 apud GOLDIM, 2010, tradução livre) definem aquilo que é, de fato, a autonomia humana: “Sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”². Para que uma pessoa possua autonomia, portanto, conforme Laura Affonso da Costa Levy (2001, p. 31), ela deve ser

[...] capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Assim, respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais a outras pessoas.

O princípio da beneficência defende a intervenção do médico somente quando for para o bem de seu paciente. Dessa forma, não são permitidas técnicas que o degradem ou que lhe causem qualquer tipo de mal, devendo o médico e seus auxiliares sempre agir conforme a boa ética, zelando por sua saúde e evitando possíveis danos (SILVEIRA; NETO, 2013).

Todos esses princípios pelos quais zelam a bioética e o biodireito devem ser levados em consideração ao tratar de questões controversas ainda não reguladas pela legislação. Uma vez que a tecnologia e a medicina desenvolvem-se mais rapidamente que o Direito, separar o benéfico do danoso torna-se não somente uma tarefa difícil, como também de extrema relatividade, uma vez que toda inovação pode ser utilizada para o bem ou para o mal, dependendo das intenções de quem a utiliza.

Não se deve deixar que más intenções se ponham no caminho do avanço tecnológico, pois ele caminha de mãos dadas com o desenvolvimento da sociedade. Deve-se, no entanto, balizar esses avanços, guiando sua utilização pelos princípios que regem os direitos dos homens e resguardam sua dignidade e liberdade, para

² “Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign”.

que se faça dessas inovações o melhor uso possível, e para que todos possam, quem sabe, sair ganhando.

1.3 Direitos do genitor sobrevivente quanto ao material biológico do *de cujus*

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos que constituem a República Federativa do Brasil e o Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, se o país fosse um ser humano, esses fundamentos seriam seu DNA: estariam presentes em todas as outras partes que o compõem, servindo de base para sua formação.

Esses fundamentos regem a Constituição da República Federativa do Brasil e todo o conjunto de leis do país, daí a influência que exercem em todo o resto da legislação. Juntamente com a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, a dignidade da pessoa humana é um dos valores sob os quais foi criada a nação brasileira (MORAES, 2010).

Segundo Alexandre de Moraes (2010, p. 22), a dignidade da pessoa humana

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana consta logo no artigo 1º da Constituição, que trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil, em seu inciso III. É, segundo Alexandre de Moraes (2010), um valor inerente à pessoa, que consiste na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Assim sendo, nada mais natural que essa autodeterminação inclua também o exercício do direito ao planejamento familiar.

O próprio artigo 226 da Constituição, em seu § 7º, define que:

Art. 226. [...]

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

A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regulando o artigo 7º da Constituição e o Planejamento Familiar, expõe, em seu artigo 9º, que:

Art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Ao planejamento familiar junta-se o princípio da liberdade, o qual se constitui na capacidade de uma pessoa de adotar e de executar livremente suas próprias decisões (DENZ, 2007). Esse princípio muito remete ao princípio da autonomia, que baliza a bioética, e assegura que cada indivíduo possua a liberdade de decidir sobre si mesmo, e assim sobre seu corpo, desde que isso não fira o que é posto por lei – levando ao princípio da legalidade.

Previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, ele determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim sendo, o indivíduo possui o direito de optar pela realização de técnicas de reprodução assistida, desde que essas técnicas não sejam proibidas por lei, uma vez que tudo aquilo que não é proibido é permitido no Estado Democrático de Direito (MONTALBANO, 2012).

Segundo Maria Clara Osuna Diaz Falavigna e Edna Maria Farah Hervey Costa (2003 apud SILVEIRA; NETO, 2013):

O Direito não deve decidir de que forma a família deverá ser constituída ou quais serão suas motivações juridicamente relevantes. Em se tratando de relações familiares, seu campo de atuação deve se limitar ao controle de observação, deixando às pessoas a liberdade quanto à formação e condução das relações.

A autorização para realização de inseminação artificial homóloga *post mortem*, no entanto, ainda encontra lacunas no Direito brasileiro, uma vez que o legislador foi omissivo ao tratar do assunto. A ciência, nesse caso, avançou mais rápido que o ordenamento jurídico, e cabe aos doutrinadores preencherem esse vazio.

Ficou acordado, na I Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de

2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o entendimento consolidado no Enunciado n. 106:

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

A princípio seria a autorização expressa o modo mais fácil de fazer com que a clínica ou o hospital liberassem o esperma criopreservado para utilização pela viúva após a morte do doador, e idealmente a cláusula permissiva estaria presente em todos os contratos firmados no País – porém, na realidade, não é isso que se observa, e muitas vezes o contrato, omissivo, acaba sendo o maior empecilho quando a viúva busca a clínica para liberação do material biológico na tentativa de engravidar mediante inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Nesse caso – em que o contrato é omissivo quanto aos desejos do doador após sua morte – há uma questão controversa quanto a quem teria o direito de decidir sobre o material genético em criopreservação; se a viúva, cujos planos de maternidade podem ter acabado com a morte do cônjuge ou do companheiro, ou se a clínica que detém o material preservado, sem autorização expressa para liberação.

No Brasil, há julgados nos dois sentidos. Em 2007, no Distrito Federal, a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reformou decisão singular e acolheu o pedido do hospital de não permitir a liberação do material biológico do falecido.

Em 2010, no entanto, em Curitiba, o juízo da 13ª Vara Cível entendeu que, sim, a viúva teria direito a esse material para fins de inseminação artificial *post mortem*. Após alguns meses, a autora da ação engravidou de uma menina.

Nessas situações, o caso concreto pesa muito na decisão final. A questão é delicada, uma vez que se deve levar em consideração o histórico do relacionamento do casal até o momento da morte, as circunstâncias que levaram à decisão de engravidar, o posicionamento da família do falecido e uma série de outros questionamentos.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 155) defende o não deferimento da autorização para a prática *post mortem*, alegando que

[...] tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal

solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido.

Os psicólogos clínicos Michal Braun e Lea Baider (2007) também expressam preocupação quanto aos motivos que levam à inseminação artificial homóloga *post mortem*, expondo que muitas vezes essas crianças vêm para repor o lugar do falecido na vida das famílias, principalmente da viúva, como se a felicidade do nascimento pudesse ofuscar o luto da morte.

No entanto, quem teria o poder de julgar os motivos de uma mulher que, muitas vezes no fim de seu período fértil, além de lidar com a dor da perda precisa se conformar com uma maternidade que possivelmente nunca venha a ocorrer? Quem teria o poder de julgar o tempo certo de essa esposa se recuperar para então estar apta a decidir ter um filho pelos motivos certos? Quando seria esse tempo certo?

É essa a conclusão tirada por Michal Braun e Lea Baider (2007). Numa conversa por telefone com sua paciente, após o nascimento de filhos gêmeos, resultado de uma inseminação com o esperma do falecido marido, o psicólogo confirmou que, apesar da perda, ela estava feliz e as crianças estavam bem e saudáveis. O artigo terminou por ali, como que afirmando que ninguém, nem mesmo ele, teria o poder de julgar aquela família.

Quando o sêmen do esposo falecido encontra-se num banco de criopreservação, é de se chegar à lógica conclusão que esse homem tinha planos de procriar e constituir uma família com sua esposa. Estivessem eles passando por tratamentos para tentar engravidar ou apenas garantindo que num futuro próximo isso seria possível, há uma óbvia intenção de projeto familiar; intenção essa que não deveria ser extinguida com a morte de um deles.

Considerando o desgaste físico, financeiro e emocional resultantes da submissão a tratamentos para reprodução assistida, ou da coleta do material biológico ante a iminência de tratamentos cujas consequências podem levar à infertilidade, há uma clara prova do amor e das intenções desse casal não só um com o outro, mas também com o filho que, juntos, pretendiam gerar (SILVEIRA; NETO, 2013).

Há então que se falar, resguardando-se as particularidades de casos concretos, no direito da viúva sobre o material biológico criopreservado. Não é a

clínica ou o hospital que possuem o direito de decidir sobre a maternidade e o planejamento familiar de uma pessoa, ainda mais quando esse projeto já se encontrava em andamento quando da morte do cônjuge ou do companheiro. Nesse sentido, defende Maria Berenice Dias (2011, p. 117) que:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar [...]. Impensável cercar esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter a técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*.

A opinião é compartilhada por Gabriella Bresciani Rigo (2009):

Se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? O depósito do material é o autêntico consentimento do falecido para tal procriação. Caso tenha o anseio de ser pai um dia, mas está casado com uma mulher que não é a pessoa que deseja para ser mãe de seus filhos, o homem que deixar seu esperma em um banco de sêmen deve ter o cuidado de deixar expressa proibição de utilização de seu material após a ocasião de sua morte. Assim, não havendo nenhuma proibição expressa por parte do homem que depositou o sêmen no centro de reprodução humana, não há porque negar qualquer direito a criança concebida *post mortem* mediante inseminação artificial homóloga.

Silmara Juny Chinelato e Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 54) esclarecem 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 biparental em vida – identificando-se a receptora do sêmen”.

Da mesma forma entende Andréa Silva Rasga Ueda (2008, p. 53):

[...] no meu sentir, de acordo com a posição atual da legislação, entendo que, com base na autonomia da vontade das partes envolvidas, lastreada na razão, é possível a implantação, por ter se tratado de um projeto familiar decidido e aceito pelo casal e no qual não vejo maiores problemas quanto ao futuro bebê do que aqueles que lhe ocorreriam se o pai fosse vivo e sua mãe morresse no parto, ou se o pai morresse no exato momento em que se realizasse a implantação.

Por fim, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006 apud FISCHER, 2010, p. 177) defende que “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte”.

Há que se pensar que, se não houvesse, por parte do homem, o desejo de que sua esposa ou companheira fosse a futura mãe de seus filhos, deveria, aí sim, haver uma cláusula proibitiva, uma manifestação expressa de sua vontade. Uma vez que ele procura um banco de criopreservação para deixar seu sêmen, no entanto, expondo sua intenção de resguardar seu material genético para a possibilidade de uma futura concepção, está declarada sua vontade, sendo essa a única autorização realmente necessária para que sua esposa utilize o sêmen após sua morte. O plano familiar não deixa de existir, tendo a viúva o direito de continuá-lo por conta própria.

2 DOS DIREITOS DOS FILHOS

O direito civil brasileiro foi construído como uma grande fileira de dominós. Nela estão enfileirados, um após o outro, o direito constitucional, o direito de família e o direito sucessório, e uma vez que uma peça é empurrada, todas caem em sequência.

Isso porque, a partir do momento em que nasce uma criança, ela terá, necessariamente, uma filiação, e, pela filiação, o direito à sucessão legítima. O grande problema da inseminação artificial homóloga *post mortem* é justamente esse. Na defesa da ética e da segurança jurídica, muitos autores não concebem nem sequer permitir a prática para que essa criança não receba os direitos que a ela são reservados se for concebida, bagunçando todo o sistema jurídico.

A questão é que a vida acontece propriamente nessa bagunça, nas lacunas dos Códigos e nas particularidades dos casos concretos. Se fosse possível prever todo e qualquer comportamento humano e seu desdobramento nos textos de uma legislação, não haveria necessidade de juízes, advogados e muito menos do próprio Direito.

Assim, há que se perder o medo de mexer nessas fileiras. Às vezes é preciso derrubar as peças, rearranjar o sistema e arrumar novas maneiras de lidar com situações que vão sendo criadas à medida que a sociedade avança. É preciso que o Direito avance junto.

2.1 Direitos de família

O princípio da igualdade, presente no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, define que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. É um dos direitos fundamentais, garantias constitucionais tidas como cláusulas pétreas, que não podem ser alteradas senão por um poder originário que altere todo o sistema constitucional vigente.

Segundo Alexandre de Moraes (2010), esse princípio possui uma finalidade limitadora tríplice: é aplicável ao legislador e ao executivo, na hora de editar leis, atos normativos e medidas provisórias; é aplicável ao intérprete/autoridade pública que aplicará essa lei; e é também aplicável ao particular, que não poderá se valer de condutas discriminatórias ou preconceituosas, sob pena de responsabilidade civil e penal.

Para além do artigo 5º, porém, está o princípio da igualdade fadado a proteger as relações familiares, principalmente no que se refere ao tratamento dos filhos. Conforme Maria Helena Diniz (2010), o princípio da igualdade dos filhos pode ser observado tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 227, § 6º, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 20, e no Código Civil Brasileiro, no artigo 1.596. A redação do texto constitucional, reproduzida nas referidas leis, é a que segue:

Art. 227 - [...].

§ 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.

Filiação, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 102), é “a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado”. É um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O Código Civil deixa clara a posição do Direito Brasileiro quanto aos filhos havidos por técnicas de reprodução homóloga assistida em seu artigo 1.597, notadamente no inciso III:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Conforme Maria Berenice Dias (2011, p. 123), “a norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários”. De fato, apesar de o Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito Civil dar como obrigatória a autorização por escrito do falecido para que seja presumida a paternidade, o próprio texto da lei não impõe qualquer condição para que isso aconteça.

Assim, uma vez que a criança é concebida pela viúva com o material genético do marido falecido, a presunção de paternidade existe, a filiação existe, e essa criança equipara-se a qualquer outra havida pelo mesmo pai. Terá ela, por lei, segundo Maria Helena Diniz (2010), um lar. Será ela integrada à família e ao âmbito social, pois a própria família monoparental é protegida pela Constituição Brasileira. Não terá ela nem menos nem mais direitos que crianças concebidas por meio de reprodução natural ou por qualquer outro modo de concepção, apesar de a presunção, nesse caso, ser relativa, admitindo prova em contrário.

2.2 Direitos sucessórios

Os direitos fundamentais são considerados como aqueles existentes, em essência, no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Entre alguns deles está, por exemplo, o direito à herança, garantido no inciso XXX do artigo 5º. Conforme José da Silva Pacheco (2008, p. 279), “ao patrimônio que, ao falecer, alguém deixa, testado ou intestado, denomina-se herança, que se transmite, com a abertura da sucessão, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Sob essa luz é que opera o direito das sucessões. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 1), o direito das sucessões trata de “um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário”.

O princípio que fundamenta o direito das sucessões é o chamado *droit de saisine*, que estabelece que o *de cuius* transmite a herança aos seus sucessores automática e imediatamente na ocasião de sua morte (LEITE, 2010). Ainda, nas palavras de Zeno Veloso (2001), citado por Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.17):

[...] a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento. Os herdeiros, por essa previsão legal, tornam-se donos da herança ainda que não saibam que o autor da sucessão morreu, ou que a herança lhes foi transmitida. Mas precisam aceitar a herança, bem como podem repudiá-la, até porque ninguém é herdeiro contra a sua vontade.

Há duas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2008), a sucessão legítima ocorre em virtude da lei, que estabelece a ordem da vocação hereditária no artigo 1.829 do Código Civil. Nesse caso, a herança é transmitida aos herdeiros legais.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

Já a sucessão testamentária ocorre quando a destinação dos bens do *de cuius* se dá por ato de última vontade, por meio do testamento. Assim, o autor da herança tem o direito de transmiti-la a quem quiser, desde que corresponda a apenas 50% do seu patrimônio, caso tenha herdeiros necessários e não seja casado em regime de comunhão total de bens.

Havendo herdeiros necessários, ou dispondo em herança apenas uma parte de seu patrimônio, a sucessão será mista.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 1.798, determina que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Essa é a grande lacuna deixada pelo legislador brasileiro quando da inseminação artificial homóloga *post mortem* para a sucessão legítima, uma vez que o futuro herdeiro ainda não teria sido concebido ao momento da abertura da sucessão.

O inciso I do artigo 1.799, no entanto, garante a sucessão testamentária dessa criança, na redação: “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”. Assim sendo, querendo que o filho gerado por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem* tenha direito de

sucessão, basta o testador deixar expressa sua vontade. No entanto, apesar de ser o meio mais simples de resolver a questão do direito de herança, a sucessão testamentária não é a mais difundida no Brasil. A maioria das pessoas não deixa testamento em vida, prevalecendo, portanto, a sucessão legítima.

Uma vez reconhecida a filiação, contudo, segundo o princípio da igualdade entre os filhos, essa criança teria os mesmos direitos que todos os demais filhos concebidos antes da morte do pai, estando apta à sucessão legítima.

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 96):

[...] o reconhecimento da filiação gera efeitos patrimoniais. Os filhos reconhecidos equiparam-se em tudo aos demais, no atual estágio do nosso ordenamento, gozando de direito hereditário, podendo pedir alimentos, pleitear herança e propor ação de nulidade de partilha.

Há diversas correntes doutrinárias a respeito de crianças concebidas por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*. A legislação possui lacunas em todos os níveis, desde do direito da mãe em realizar a técnica após a morte do marido até o direito da futura criança suceder ao pai pré-morto.

Para efeitos sucessórios, a doutrina se divide quanto aos direitos do concepturo, do embrião criopreservado e daquele já implantado no útero materno à época da morte do genitor. Não há dúvidas quanto ao embrião que já havia sido implantado no útero quando da morte do *de cuius*. Também não restam dúvidas acerca do embrião criopreservado, pois o conceito de nascituro também abarca a concepção *in vitro*. No entanto, há divergências quando se fala dos direitos do concepturo (MONTALBANO, 2012).

Conforme José Luiz Gavião de Almeida, na referência de Ana Caroline Oliveira Montalbano (2012), deve-se interpretar de forma extensiva o texto do artigo 1.798, compreendendo também o concepturo, uma vez que, quando o legislador tratou do tema, quis apenas repetir o texto do Código antigo, considerando o concepturo somente na sucessão testamentária porque era impossível, naquela época, imaginar que um homem pudesse ter filhos após a morte. Ademais, reconhecendo o legislador a filiação do concepturo no artigo 1.597, não há justificativa plausível que afaste os efeitos patrimoniais, principalmente o hereditário.

No mesmo sentido entende Douglas Phillips Freitas (2008), expondo que, no Estado Democrático de Direito, o garantismo constitucional, que abrange o direito de herança, não permite que se exclua o concepturo da sucessão legítima, devendo ser

encontrados meios para tutelar os direitos dessa prole. Ele vai além:

Independente de ter havido ou não testamento, sendo detectada no inventário a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficará registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, há de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois, pleitear, por petição de herança, seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade.

Acolhida a proposta da reserva de quinhão, há a problemática do prazo prescricional. Nesse sentido, dispõem Gabriella Nogueira Tomaz da Silveira e Henrique Batista de Araújo Neto (2013, p. 73):

No que tange ao posicionamento do tempo estabelecido pelo legislador, elabora-se o prazo para ser concebido de até dois anos a contar da data de abertura da sucessão para ser concebido herdeiro, é o que se extrai do art. 1.800, § 4°. Analisaremos a Súmula n° 149 em consonância com o art. 205 do CC, que impõe a incidência do prazo prescricional de dez anos para se arguir petição de herança. Nesse diapasão, ao ser considerado herdeiro, deve-se ingressar com a devida ação no prazo decenal, sob pena de prescrição do direito de herança. A grande problemática continua ao tentar estabelecer o tipo de sucessão que se sujeitará o filho concebido após a morte, há de se compreender que os filhos nascidos pela inseminação artificial *post mortem* são herdeiros legítimos, com fulcro no princípio constitucional da igualdade de filiação.

O parágrafo quarto do artigo 1.800 do Código Civil coloca que “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”. A norma, que regula a sucessão testamentária, poderia ser aplicada analogamente à legítima. Assim, se o fruto da inseminação artificial homóloga *post mortem* for concebido após o prazo de dois anos da abertura da sucessão, ele não teria direito de sucessão legítima.

Para que isso seja regulamentado, seria preciso que as próprias clínicas guardassem o sêmen criopreservado apenas durante os dois anos consequentes à morte do *de cuius*. A viúva teria, nesse prazo, tempo para decidir sobre a continuação ou não de seu projeto familiar, e, em caso positivo, tempo para submeter-se às técnicas de inseminação. Seu filho teria, então, seus direitos de sucessão resguardados, o que o colocaria em pé de igualdade com possíveis outros filhos havidos pelo falecido.

Há um questionamento quando se fala na segurança jurídica dos demais

herdeiros concebidos antes da morte do pai. O problema consiste em pesar se os direitos de uma criança ainda não concebida seriam postos à frente dos direitos de herdeiros já existentes. Nesse caso, Marcio Rodrigo Delfim (2009) fala que há de fato um choque de princípios entre a segurança jurídica desses herdeiros e o princípio da dignidade da pessoa humana da viúva e do próprio filho que será concebido por inseminação póstuma. Ele, no entanto, pondera: a segurança jurídica é um direito fundamental, mas a dignidade da pessoa humana é um fundamento jurídico, ou seja, ela rege inclusive os direitos fundamentais, devendo prevalecer sobre eles.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 155) descarta a possibilidade de haver inseminação homóloga após a morte do genitor apontando a falta de validade constitucional da prática, uma vez que ela iria de encontro aos princípios do melhor interesse da criança, da dignidade humana desse concepturo e da igualdade dos filhos; e expõe:

[...] ao menos no estágio atual da matéria no Direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.155), que compartilha da mesma opinião, completa: “[...] além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psicoafetivo da criança. Logo, a inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável”.

Proibir o acesso da viúva ao material genético do cônjuge falecido, como sugere Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003), apenas pela problemática causada pelo direito de sucessões, é gravíssimo – e inadmissível, em casos de autorização expressa deixada em vida pelo falecido – pois não se nega um direito a uma pessoa pela falta de legislação vigente para lidar com suas consequências. As próprias lacunas da lei são previstas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seus artigos 4º e 5º, que prevê ainda formas alternativas de solucionar possíveis questionamentos jurídicos.

Do mesmo modo, assumir que a viuvez pode comprometer o desenvolvimento psicoafetivo da criança é tão injusto para com essa mãe como para com a criança. Não apenas crianças nascidas por inseminação artificial homóloga *post mortem* nascem sem pai, e esse, infelizmente, é um risco ao qual todas as

crianças estão sujeitas desde o momento da concepção. Tão ruim quanto a morte é o abandono, e diversas outras condições que podem influenciar o estado emocional de uma mulher, o que não a torna nem mais, nem menos mãe que qualquer outra. Havendo amor, segurança, estabilidade e o desejo de constituir uma família, há um lar ideal para uma criança que está para nascer, seja qual for o estado civil de sua mãe.

2.3 Direitos das crianças

O princípio do melhor interesse da criança, presente na Constituição da República Federativa do Brasil no *caput* do artigo 227, garante que a criança tenha seus interesses resguardados, e que eles sejam os verdadeiros fins de todas as ações relativas a ela:

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.

Segundo o artigo 226, § 5º, da Constituição, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Assim sendo, tanto o pai quanto a mãe têm igual dever de resguardar os direitos de seus filhos, tais como sua vida e bem-estar, além de seus direitos como cidadão.

Esses papéis independem da constituição familiar, o que é ainda mais relevante em tempos atuais, nos quais a família tradicional abre espaço para famílias monoparentais, com apenas um dos genitores, pluriparentais, normalmente resultado de divórcios e novas uniões, e homoafetivas.

A família monoparental é reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, no § 4º do artigo 226, o qual expõe que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Mesmo que uma das duas figuras parentais não esteja presente na criação de uma criança, ou que mais de uma esteja, é na verdade o papel desempenhado por ela que influenciará na vida dessa criança, segundo Lidia Levy

(2005), do departamento de psicologia da Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro:

A ausência de um dos pais não é impeditiva da constituição da criança enquanto sujeito. Nas famílias monoparentais importa que alguém faça função paterna para a criança, e alguém exerça a função materna. Devemos ainda considerar que a função materna não é exclusiva do sexo feminino e que as funções socializante e interditora podem e devem ser realizadas por qualquer um dos pais. Além do mais, o grupo social, através de figuras significativas para a criança, lhe oferece modelos de identificação. Se o valor simbólico que o pai representa for transmitido pela mãe e pela sociedade, a sua ausência real poderá ser superada.

O pensamento é confirmado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (1999, p. 2), para quem:

Biológica ou não, oriunda do casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, monoparental ou poliparental, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe no seu âmago, se o de pai, se o de mãe, se o de filho; o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores, e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.

O desenvolvimento psicológico de uma criança depende muito do papel dos pais em sua criação e do relacionamento da família como um todo. Ao mesmo tempo em que é possível afirmar que crianças que vivem em famílias com ambos os pais normalmente possuem menos problemas que em famílias monoparentais, também é possível afirmar que crianças criadas em famílias com apenas um dos genitores se saem melhor do que crianças que passam pelo divórcio dos pais ou pelo abandono de um dos genitores, apesar de que – é válido ressaltar – nada é regra quando se trata de pessoas e do comportamento humano. Há bons e maus exemplos em qualquer cenário (AMATO, 2005).

Em seu livro *Singled Out*, a psicóloga americana Bella DePaulo (2007) desmistifica as premissas sobre nascer em uma família monoparental, e afirma que é preciso desapegar da ideia de que todas as crianças que vivem em famílias com pai e mãe têm pais presentes e engajados, que as cobrem de amor e atenção e possuem um ótimo casamento, em um lar livre de raiva, conflitos e recriminações. O que é preciso é passar a olhar as famílias monoparentais por um outro ângulo: muitas crianças criadas por mães solteiras têm outros adultos importantes em suas vidas. Elas possuem avós, tios, vizinhos, professores, amigos da família e outras

peessoas que se importam com elas e estão sempre presentes, o que por vezes substitui muito bem a família tradicional.

Assim, se é absurdo pensar que pais não deveriam ter filhos sob risco de que vivam num ambiente conflitante se o casamento desandar, é ainda mais absurdo pensar que a criança teria seu direito ao bem estar violado por já nascer sem um pai.

Maria Cláudia Crespo Brauner (1998, p. 76) esclarece que:

O direito a ter um pai e uma mãe e de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não se concretizar, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem-estar físico e psíquico da criança estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito à biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, mas também tenha-se reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais.

De fato, o interesse da criança deve ser preponderante, mas isso não implica concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.

Ela propõe, ainda, que seja feito um estudo do perfil dessa futura mãe, para garantir que apresenta as condições necessárias para cuidar dessa criança, tal qual se faz hoje em dia com pais em filas de adoção.

De fato, afirmar que o direito da mãe de realizar a inseminação póstuma fere o princípio do melhor interesse da criança, por ela já nascer sem pai, é condenar também mães solteiras que realizam tratamentos para engravidar com sêmen de doadores mesmo sem um marido ou um companheiro, ou proibir mães e pais solteiros de adotarem crianças.

Há sim condições necessárias para que uma criança cresça com dignidade, saúde e amor, mas essas condições nada têm a ver com o estado civil de seus pais. A atenção e a dedicação para com a criança, o ambiente pelo qual ela é cercada e o afeto de familiares e entes próximos são muito mais importantes para um desenvolvimento saudável e digno que o fato de um de seus genitores estar ou não vivo.

Assim, por mais que não chegar a conhecer o pai não seja o cenário ideal, a criança terá condições de ter uma vida feliz como qualquer outra, e será amada como qualquer outra, não havendo razões para impedir sua concepção e interromper um sonho familiar que se iniciou quando seu pai ainda era vivo. Se hoje

a Medicina permite dar continuidade a esses projetos interrompidos, pode também o Direito se adaptar a essa nova forma de conceber a vida.

3 DOS REFLEXOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO

A partir do momento em que nasce uma criança fruto de inseminação artificial feita com o material biológico de seu pai falecido, nasce um direito. Assim como nasce esse mesmo direito quando nasce qualquer outra criança, concebida a partir de qualquer outro meio de reprodução. Isso porque, conforme o *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A filiação da criança concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem* é assegurada no inciso III do artigo 1.597 do Código Civil. O texto da lei é claro e não abre espaço para interpretações. Uma vez que essa criança possui um pai, portanto, é consequência direta e obrigatória que ela tenha o mesmo tratamento dado a qualquer outro filho desse mesmo genitor, o que inclui não só, mas principalmente, o direito à sucessão legítima.

Num mundo ideal, nenhum pai morreria sem que todos os seus bens e vontades estivessem dispostos em testamento, preto no branco, sem áreas cinzentas. Esse mundo, porém, não existe nem mesmo em países em que a sucessão testamentária é bem difundida, muito menos no Brasil, onde ainda prevalece a sucessão legítima.

Quando não se possuem as armas jurídicas necessárias para adentrar uma batalha pelos direitos dessa criança, a última opção que existe é não fazer nada. Defender a proibição da prática pela insegurança jurídica que seus efeitos terão quando a criança for concebida é aceitar a falta de mecanismos do direito civil atual. Ainda, negar os direitos sucessórios a uma criança que *já foi* concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem* é ignorar os princípios basilares da legislação brasileira em prol da segurança jurídica – sem sentido e inconcebível.

3.1 Direitos sucessórios da criança concebida *post mortem*

Concedendo-se o direito, a uma mulher, de realizar inseminação artificial com o sêmen de seu falecido marido, há que se conceder, à criança, todos os direitos a ela inerentes, como se por reprodução natural tivesse nascido.

Não só a Constituição da República Federativa do Brasil impõe que são todos iguais perante a lei, sem qualquer distinção, como também impõe que todos os filhos devem receber igual tratamento, independente da forma de filiação. Ademais, o próprio Código Civil reconhece a filiação do concebido mediante inseminação artificial homóloga *post mortem*, em seu artigo 1.597 inciso III.

Assim, parece inconcebível que, nascida essa criança, ainda haja qualquer discussão sobre sua filiação. Tão inconcebível quanto é a ideia de que, reconhecida sua filiação, ela perca os direitos sucessórios que seriam naturais a qualquer outro filho do mesmo genitor.

Mesmo se a própria Constituição ignorasse a igualdade entre os filhos, apenas tomando como princípio norteador o melhor interesse da criança, ela já deveria ter seus direitos resguardados. Isso porque, uma vez que veio ao mundo, não é sua culpa o modo como se deu a concepção. Não parece justo que logo o elo mais frágil e desprotegido da relação entre genitores e sucessores fique sem seus devidos direitos.

Na opinião de José Luiz Gavião de Almeida, citado por Maria Helena Diniz (2010), diante do reconhecimento da filiação da criança, aplicando-se os princípios da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana, dos artigos 227, § 6º, e 1º, inciso III, respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil, deveria o concebido *post mortem* ter direito sucessório, pois a lacuna normativa que existe sobre esse tema será resolvida com base nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ou seja, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

É mais que natural sustentar que, ao concebido *post mortem*, devem ser dados os devidos direitos, tanto no campo de família quanto no direito sucessório.

Ele não é mais nem menos filho que qualquer outro, e tanto sua dignidade quanto seus direitos devem lhe ser reservados desde o momento em que é concebido.

É válido ressaltar que, ao deixar seu material biológico em um banco de criopreservação, com ou sem autorização expressa para utilização após a morte, um homem já está deixando clara sua intenção de gerar filhos no futuro – do contrário, qual outro motivo de se gastar todo o tempo e o dinheiro envolvidos para preservar seu sêmen?

O caso é ainda mais claro quando se trata de material genético de homens que buscaram o banco de criopreservação antes de iniciar tratamento médico. Homens, que, sabiam, poderiam vir a morrer, e cujo sêmen ficaria no banco de preservação após sua morte.

Mesmo que quisesse esse homem apenas não descartar a possibilidade da paternidade futura ao começar o tratamento, ainda assim há um intento de paternidade. Se fosse sua preocupação que sua mulher pudesse usar seu material genético após sua morte para gerar filhos que ele possivelmente não gostaria de ter, que deixasse, aí sim, uma cláusula proibitiva expressa no próprio banco de sêmen, não permitindo sua utilização póstuma.

Assim, sendo a inseminação homóloga *post mortem* realizada, gostaria esse homem que seu próprio filho, gerado por sua viúva após sua morte, com seu material genético, ficasse desqualificado para suceder a ele? Que não recebesse a herança que lhe era devida, e ficasse desprovido de seus próprios direitos?

O que dizer de casos em que o falecido era jovem e não tinha filhos, e em que os próprios pais do *de cuius*, receptores diretos da herança legítima, apoiam a decisão da viúva de conceber um filho? Quando os próprios beneficiados abrem mão de parte da herança para dividi-la com o neto que sempre quiseram ter? Poderia o Direito, nesse caso, ainda assim negar a sucessão da criança?

Para Silmara Juny Chinelato (2004), negar os devidos direitos de sucessão à criança concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem* seria o mesmo que retroagir ao sistema jurídico anterior, no qual ainda vigorava a discriminação entre os filhos.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2012, p. 190) compartilha da mesma opinião. Para ele,

[...] vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho.

As lacunas da legislação brasileira criam um infindável número de barreiras entre a criança e seus direitos. O grande medo dos doutrinadores que defendem a proibição da prática é quanto à herança e suas reservas, e essa é de fato a maior problemática de toda a questão. Até que ponto pode-se reservar parte da herança para uma criança que ainda nem foi concebida? Em que ponto seus direitos como filho esbarram nos direitos dos demais sucessores?

A opinião de Luiz Gavião de Almeida, referenciado por Ana Caroline Oliveira Montalbano (2012), de que o *caput* do artigo 1.798 do Código Civil deveria ser estendido também ao concepturo é extremamente simples e ao mesmo tempo justa, considerando a lacuna jurídica existente. Apesar de o concepturo ainda não ser um concebido, para fins de interpretação literal do texto, havendo uma chance de concepção num futuro próximo, sua parte pode ser temporariamente reservada como se em testamento estivesse.

Na falta de legislação aplicável, toma-se como ponto de partida o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e faz-se uma analogia aos artigos 1.799, inciso I, e 1.800, § 4º do Código Civil, que regulamentam a sucessão testamentária, e impõem o prazo de até dois anos para a criança à qual se pretende reservar a herança seja concebida.

O prazo de dois anos do § 4º do artigo 1.800 soa mais que razoável, uma vez que a herança, seja ela qual for, não pode ficar parcialmente reservada pela eternidade. Assim, teria a viúva tempo o suficiente para decidir sobre a concepção póstuma e iniciar as tentativas de concepção, sem prejudicar os demais herdeiros. Se ao fim desse prazo a criança não fosse concebida, os demais sucessores teriam direito ao quinhão reservado.

A verdade é que, por mais que se resolvam os casos por meio de analogias ou qualquer outra forma de preenchimento de lacunas, ainda sempre faltará uma lei que regule melhor a matéria. O ideal seria a discussão e a análise do ordenamento existente para a criação de normas que tragam respostas a essas questões, de forma a sanar as dúvidas que todos os aplicadores da lei e os doutrinadores têm na seara dos métodos de reprodução assistida.

Por ser um assunto polêmico e quase sempre habitar a linha entre o que é ou não ético, seria preciso que a legislação tomasse um posicionamento não só quanto à inseminação artificial homóloga *post mortem* como também quanto às demais técnicas de reprodução artificial – muitas vezes tão ou mais controversas que a fecundação póstuma.

Para Silvio de Salvo Venosa (2005), é preciso que sejam criadas leis específicas, através de estatutos ou microssistemas que regulem a matéria. Qualquer que seja a forma de regulamento, uma solução para esses questionamentos deve ser buscada, pois as técnicas de reprodução assistida são uma realidade cada vez mais constante e acessível, e as questões éticas por elas levantadas continuam, em grande parte, sem resposta.

3.2 O que está sendo feito: projetos de lei e jurisprudência

Em 2007, por ter mantido união estável por 14 anos com seu companheiro, que veio a falecer de câncer, e alegando ter o casal tentado engravidar durante a união, uma mulher (não identificada, por segredo de justiça) foi a juízo a fim de obter autorização para liberação de material biológico criopreservado do *de cujus* para realizar procedimento de reprodução assistida póstuma.

No caso, apesar de decisão favorável proferida pelo juízo da 7ª Vara de Família de Brasília autorizando o procedimento, ao examinar recurso interposto pelo hospital que mantinha o sêmen criopreservado, a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por maioria de votos, reformou a decisão singular e negou o direito pretendido pela viúva, por entender que não havia nos autos provas suficientes que comprovassem a intenção do falecido de liberar o uso de seu material genético caso viesse a falecer.

No entanto, em maio de 2010, por decisão do juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba, a professora Katia Lernerneier, de 38 anos, conseguiu, liminarmente, uma autorização para tentar engravidar com o sêmen congelado do marido, que havia falecido, em fevereiro do mesmo ano, de câncer de pele. Os dois estavam casados há cinco anos e tentavam engravidar há três, quando Roberto Jefferson Niels foi

surpreendido pela descoberta do melanoma. Por indicação médica, ele decidiu congelar o sêmen antes de iniciar o tratamento da doença, pelo risco de infertilidade.

Como nem o laboratório nem o Conselho Regional de Medicina queriam autorizar o procedimento, pois não havia consentimento expresso de Roberto para utilização do sêmen após sua morte, Katia entrou na Justiça. Conseguiu a autorização, e, oito meses após a morte do marido, engravidou de uma menina. Luíza Roberta nasceu em junho de 2011, pesando 3kg. Foi a primeira concepção, no Brasil, por inseminação artificial homóloga *post mortem* de que se tem notícia, e a criança teve direito à filiação.

Em 2008, junto à comarca da Capital do Estado de São Paulo, Eliane Ribeiro de Mello requereu a expedição de alvará judicial (autos n. 583.00.2008.138900-2/000000-000) para que fosse autorizada a utilizar sêmen criopreservado de seu marido, Andrei François de Mello, falecido em 17 de julho de 2007 num acidente aéreo, sob o argumento de que era intenção do casal constituir família.

A viúva sustentou que, durante doze anos, o casal tentou, em vão, constituir prole de forma natural. Com o insucesso, procuraram assistência médica na clínica GENE Medicina Reprodutiva, a fim de iniciar tratamento com técnicas de reprodução assistida. Contudo, Andrei veio a óbito, de forma súbita, durante o tratamento.

Ao decidir a questão, o Magistrado bem ressaltou que

A questão é estranha à legislação em vigor, o que, por si, não desincumbe o Juiz de solucioná-la, pois nestes casos, deverá a decisão valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Registrou o julgador ainda que se fazia

[...] desnecessária a demonstração da dificuldade superada pelo casal para que decidissem por este tratamento, levando-se em consideração custos, desgastes emocionais em frustradas tentativas, além da realização de exames, muitas vezes invasivos, necessários à formação da opinião médica para avaliação e encaminhamento à correta conduta a ser aplicada. Isto tudo, fez com que este casal vivesse a expectativa de paternidade/maternidade, sem qualquer resultado concreto [...].

Além disso, bem destacou o juiz que, “mesmo sem estar concebido de fato, este filho já estava concebido de alma pelo casal, pois, de certa forma, conviviam

diariamente com a expectativa de sua concepção”, sendo que o próprio instrumento particular de formalização da criopreservação do sêmen e do consequente procedimento de inseminação firmou-se por livre e esclarecido consentimento do casal.

Afirmou o togado que “a intenção de Andrei sempre foi a de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen”. Fez ainda a diferenciação entre doador e depositário do sêmen, expondo que o doador não é identificado e fica à disposição de eventual uso de seu material genético. Andrei, no entanto, era um depositário, no sentido de que o depósito que fez de seu material biológico no banco de sêmen tinha destinação e fins definidos, os quais eram a realização de reprodução assistida em favor de sua mulher, com o objetivo de gerar um filho.

O Magistrado fez uma importante ressalva quanto aos direitos da viúva e da criança que será concebida, entendendo que

A criança tem o direito de conhecer seus pais, o que não ocorre com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma, muito embora ela saiba que foi desejada e venha a integrar uma família. Entretanto esta situação não será solucionada pela legislação. Poderia, no caso, Eliane estar grávida de Andrei quando ele sofreu o acidente e, do mesmo modo, o filho do casal também não conheceria o pai. Entendo que a viúva tem o direito de tentar gerar um filho de seu falecido marido, quando este era manifestamente o desejo do casal, interrompido por uma morte precoce.

Há, no corpo do texto, uma discussão sobre o descompasso entre a Ética e o Direito, pois, ao mesmo tempo em que a Ciência avançaria a uma velocidade muito alta, não podendo o Direito acompanhá-la, não poderia esse mesmo Direito dificultar sua passagem. Não há como solucionar as inconstantes mudanças sociais num passe de mágica, pois o Direito exige uma sólida estrutura basilar de forma a servir aos fins para os quais foi criado.

O julgador cita Sérgio Ferraz, que coaduna com sua defesa no sentido de que

[...] enquanto não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais - única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.

Por fim, completou o Magistrado que regras disciplinadoras são necessárias para regular a questão da inseminação póstuma, de forma a proteger o direito do

pai, a vontade da mãe e o objetivo dos dois. Deferiu, então, o pedido da viúva, autorizando a utilização do sêmen criopreservado para fins de reprodução assistida.

No começo de 2011, o próprio Conselho Federal de Medicina passou a autorizar a reprodução assistida *post mortem*, desde que havendo autorização prévia específica do falecido ou da falecida. Assim sendo, tendo deixado expressa sua vontade ainda em vida, não há necessidade de se pedir autorização judicial para utilização do material biológico criopreservado do *de cuius*.

Apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara, o Projeto de Lei 90/99 excluiria a possibilidade de inseminação *post mortem*, impondo como obrigatório o descarte de gametas e embriões em caso de falecimento de doadores ou depositantes ou de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados. A utilização de gametas ou embriões de doadores ou depositantes falecidos seria crime, com pena de detenção de dois a seis meses ou multa. Ainda, em caso de inobservância desse dispositivo, a criança não teria direitos patrimoniais e sucessórios em relação ao falecido.

O Projeto Substitutivo de 2001, no entanto, apresenta algumas mudanças no dispositivo sobre descarte de gametas:

Art. 15 - Os estabelecimentos que praticam a Procriação Medicamente Assistida ficam autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º - Os gametas depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º - É obrigatório o descarte de gametas:

I - sempre que for solicitado pelo doador ou depositante;

II - sempre que estiver determinado no documento de consentimento livre e esclarecido;

III - nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.

A mudança também inclui as consequências jurídicas da prática, no artigo 20, que estabelece que “as consequências jurídicas do uso da procriação medicamente assistida, quanto à filiação, são irrevogáveis a partir do momento em que houver embriões originados *in vitro* ou for constatada gravidez decorrente de inseminação artificial”.

O Projeto de Lei n. 7.701/2010, apensado ao Projeto de Lei n. 1.184/2013,

tem como objetivo adicionar à legislação vigente o estabelecimento de um prazo máximo para a realização do procedimento e a obrigatoriedade da autorização expressa do marido. A Deputada Dalva Figueiredo defendeu a autorização expressa citando o planejamento familiar como de responsabilidade do casal, e não de apenas um dos envolvidos:

Art. 1.597-A - A utilização do sêmen, depositado em banco de esperma, para a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.

Em apelação cível (autos n. 0100722-92.2008.8.07.0001), a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em setembro de 2014, decidiu, por maioria de votos, em sentido contrário à utilização do material genético pela viúva. No entanto, podem ser colhidos da íntegra do acórdão alguns entendimentos que adicionam à discussão do tema.

O Desembargador Getúlio Moraes Oliveira expôs achar óbvio o direito, do filho que virá a nascer, à sucessão, mesmo que encerrado o inventário à época da concepção. Para ele, “desde 1912, antes do Código Civil antigo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os filhos terão o seu quinhão hereditário, ainda que supervenientes”. Haveria ainda uma condição em que os próprios herdeiros podem estar de acordo com a concepção, e consequente subdivisão da herança.

A Desembargadora Nídia Corrêa Lima foi além, defendendo que não se poderia frustrar o sonho dessa viúva de ter um filho com seu companheiro, com o qual conviveu por anos e com o qual fez tantos planos. Para ela, o fato de o falecido ter guardado o material genético seria evidência da pretensão de formar uma família com sua companheira. A relatora entendeu, ainda, que a questão patrimonial não poderia impedir que esse filho fosse gerado, uma vez que haveria uma intenção e um direito claros de conceber uma criança.

Essa intenção seria uma manifestação tácita de vontade, extraída do comportamento do falecido em passar por todos os procedimentos necessários e desgastantes para preservar seu material biológico. Caso não desejasse a utilização de seu sêmen pela autora, poderia ter, aí sim, manifestado sua vontade no momento da celebração do contrato com a clínica de reprodução assistida. Contudo, esse não foi o caso, e mesmo submetendo-se ao tratamento de uma grave doença, sabendo

do risco de vir a falecer, deixou o *de cuius* seu material genético em um banco de criopreservação.

Não seria uma atitude comum de um homem, segundo a relatora, deixar seu material genético guardado em um banco de sêmen sem objetivo. Se ele guardou, teria um intento, que só se pode presumir que seja o da reprodução.

A opinião do II. Promotor de Justiça, que atuou no primeiro grau de jurisdição, foi ao encontro da relatora:

[...] é natural que cientes do infortúnio, o casal tenha desviado sua atenção para o tratamento da doença na expectativa de cura, não sendo razoável esperar que, naquele momento, tentasse o casal a inseminação artificial, conforme sugere o Réu na sua defesa.

[...] Ora, a formalização do contrato de criopreservação de fls. 21/22 e o efetivo armazenamento do material genético contemporâneo à descoberta da grave doença do companheiro conduzem à conclusão a respeito da intenção do falecido em permitir a utilização do seu sêmen e a concretização do projeto familiar almejado. Entende-se, enfim, que houve autorização implícita do *de cuius* no contrato em comento para utilização, por sua companheira, do material congelado após o seu falecimento.

O fato de essa criança nascer sem pai, seria, ainda, na opinião da referida relatora, razão insuficiente para impedir a concepção, afinal muitas crianças já nascem sem pai, quando esse vem a óbito durante a gravidez, ou até mesmo sem mãe, quando essa morre no parto, e a união entre pai, mãe e filhos não seria a única forma possível de constituir uma família. Ter um pai vivo, segundo ela, “não conduz, necessariamente, à conclusão de que a criança irá receber afeto e atenção de seu genitor.”

O Desembargador Flavio Rostirola, mesmo votando contrariamente ao concedimento de autorização para utilização do material biológico do falecido, fez as seguintes ressalvas:

Qualquer solução restritiva de direitos que leve em consideração a qualificação ou a origem - por exemplo, fecundação artificial *post mortem* - certamente causará discriminação em relação aos demais filhos e, por consequência, violação à dignidade da pessoa humana. [...] dado (a) o panorama normativo mencionado, (b) a possibilidade técnica, (c) o princípio constitucional da igualdade entre os filhos e (d) a função social do direito sucessório de prover a sobrevivência dos descendentes, Fernanda Frizzo Bragato conclui ser “...possível e legítimo reconhecer os vínculos familiares, com todas as consequências deles decorrentes, especificamente em relação à fecundação artificial *post mortem*” (BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução humana assistida: aspectos

éticos e legais da fecundação artificial post mortem no direito brasileiro. In: Direito de família: em perspectiva interdisciplinar. Fabrício Dani de Boeckel, Karin Regina Rick Rosa, organizadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 221).

Há um caso no Brasil de concessão de liminar para PMSR, que é a retirada de sêmen após a morte. Nara Azzolini conseguiu na justiça liminar para a retirada do material genético do noivo, Bruno, que faleceu vítima de um aneurisma cerebral. No caso, não houve tempo para que o próprio desse sua autorização expressa ainda em vida, e a família do falecido apoiou a decisão da noiva.

A decisão liminar, no entanto, foi apenas para a retirada do material, o que por si só já é um grande avanço. O sêmen, que, sem o resfriamento do corpo, poderia somente ser recolhido até 24 horas após a morte, agora encontra-se congelado num banco de criopreservação. A autorização para a realização de fertilização *in vitro*, no entanto, ainda não foi ganha, e espera-se decisão do judiciário sobre o tema.

3.3A discussão no resto do mundo

Países como a Bélgica e a Grécia liberam a inseminação artificial homóloga *post mortem* mesmo sem autorização expressa do falecido. Essa autorização é requerida em países como Inglaterra, Austrália, Holanda e Estados Unidos, enquanto que Alemanha, Suécia, França, Itália proíbem a técnica de qualquer maneira (AHLUWALIA et al., 2011).

Em alguns países, as próprias clínicas de criopreservação impõem um período máximo de armazenamento do material biológico. Na Dinamarca, esse período é de 2 anos. Na França, na Bélgica, na Austrália e na Suécia o período é de 5 anos. O prazo, no Reino Unido, é de 10 anos, e os Estados Unidos não possuem um limite legal (CÔTÉ et al., 2014).

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte de Massachussetts decidiu, em 2 de Janeiro de 2002, que sob circunstâncias específicas, crianças concebidas após a morte do pai possuem direito de herança. No caso Woodward contra a Comissão de

Seguridade Social, o tribunal decidiu que as gêmeas concebidas por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, dois anos após a morte do pai, que faleceu de leucemia, possuíam direitos específicos de herança pelas leis do estado e estavam aptas a receber os benefícios federais dados a membros sobreviventes da família, uma espécie de pensão (KIRK, 2002).

Apesar de a Comissão ter alegado que, à época de preencher o documento para receber o benefício, não estava estabelecido que o Sr. Woodward tinha filhos, o tribunal entendeu que, uma vez reconhecidas como filhos, aquelas crianças tinham todo o direito que qualquer filho teria em circunstâncias iguais – tanto o direito à herança, quanto à pensão (STAR, 2004).

Em *Gillett-Netting contra Barnhart*, no estado do Arizona, a decisão foi outra. Os gemêos Juliet e Piers, nascidos 10 meses após a morte do pai, que depositou o sêmen num banco de criopreservação antes de começar o tratamento com quimioterapia, não tiveram o mesmo direito. No caso, o tribunal distrital entendeu que não haveria direito à pensão dada pela Seguridade Social, uma vez que para recebê-la, segundo as leis do estado do Arizona, as crianças deveriam já ter sido concebidas à ocasião da morte (STAR, 2004).

No caso *In re Estate of William J. Kolacy*, em Nova Jersey, as gêmeas nascidas 18 meses após a morte do pai, que congelou o sêmen antes de iniciar quimioterapia para tratar de leucemia, receberam o direito à herança. O tribunal entendeu que, apesar de só poderem herdar aqueles já concebidos à ocasião da morte, os benefícios deveriam ser estendidos em prol do melhor interesse das crianças, uma vez que, no evento da morte dos pais, devem ser tomadas providências para seus cuidados e necessidades (STAR, 2004)

Em *Hart contra Shalala*, no Estado da Lousiana, Judith, concebida mais de 300 dias após a morte de seu pai, teve seus direitos de filiação, e portanto de herança, negados pela administração da Seguridade Social. Além disso, o prazo para entrar com ação de reconhecimento de filiação prescreveu quando Judith tinha dez dias de idade. Quando o caso foi à Justiça, não só o direito de filiação como também o direito de herança lhe foram concedidos, valendo-se o tribunal no direito à igualdade, e entendendo que um ano seria um prazo muito curto para dar a alguém a oportunidade razoável de proteger os interesses da criança em nome dela (STAR, 2004).

Em Hecht contra a Suprema Corte, a Califórnia se tornou o primeiro estado a decidir um caso sobre concepção *post mortem*. William Kane, divorciado com dois filhos de seu casamento anterior, morava com Debora Hecht nos 5 anos anteriores ao seu suicídio. Antes de sua morte, no entanto, Kane depositou seu sêmen num banco de criopreservação, planejando que sua companheira pudesse usar o material para engravidar, o que deixou expresso na própria autorização para o banco, inclusive com ordens para uso exclusivo de Hecht. Até mesmo uma carta, endereçada à essa futura criança que seria gerada, foi deixada por ele (STAR, 2004).

No entanto, quando Hecht tomou posse do material para concepção, os filhos de Kane ajuizaram uma ação para destruir o esperma, contestando a vontade do pai. Apesar de a primeira instância ter decidido à favor da destruição do material, o Tribunal de Recursos da Califórnia reverteu a decisão, assumindo ser desejo de ambas as partes que a criança fosse gerada, e negando o direito dos filhos do casamento anterior de interferir nessa decisão (STAR, 2004).

Apesar de os estados americanos possuírem legislações diversas a respeito do tema, o entendimento jurisprudencial na maioria dos estados é no sentido de proteger os interesses da criança. Isso porque, a partir do momento em que essa criança é gerada, não faz sentido retirar-lhe os direitos e deixá-la desprotegida tendo como únicos motivos a falta de legislação aplicável e a insegurança jurídica dos demais herdeiros. A proteção da criança, afinal, consta no texto da lei, junto ao princípio da igualdade, que deve ser aplicado em toda e qualquer relação familiar.

CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução assistida foram criadas para possibilitar a realização do sonho de conceber um filho, o que, pela forma natural de reprodução, não é possível para muitos casais. Esse sonho começa com a vida a dois, e é o que se pode chamar de um projeto de vida, uma vez que um filho demanda atenção, cuidados e investimentos por longos anos, e que os laços de afeto e de sangue se estendem para sempre.

Quando um homem procura um banco de criopreservação e submete-se aos procedimentos para coleta e preservação de seu material genético, não é esse ato, por si só, uma exteriorização de sua vontade de ser pai? Não seria o fim do processo a reprodução? Não há sentido em afirmar que esse homem não teria qualquer objetivo ou pretensão, uma vez que o procedimento é tão emocionalmente desgastante quanto financeiramente custoso.

Para um casal, cujo homem possuía material biológico em banco de criopreservação para tentativas de inseminação artificial quando veio a sofrer uma morte súbita, o desejo não se extingue com a morte. O próprio projeto familiar continua vivo, e pode-se dar continuidade a ele graças aos avanços da Medicina. A vontade do casal de formar uma família é clara, e não há motivos plausíveis para impedir que a viúva dê continuidade ao planejamento que iniciou com seu cônjuge em vida.

No caso de um casal em que o homem passa por tratamentos médicos que podem levar à infertilidade, e cujo risco de morte é inevitável, a coleta de material genético realizada antes do início do tratamento seria não só uma garantia, como também uma expressão de sua vontade de formar uma família num futuro próximo, uma vez que o próprio tratamento da doença já é desgaste o suficiente para ainda restar preocupação com a possibilidade da paternidade. Tendo plena consciência de que esse futuro pode não chegar, seria de se esperar que o cônjuge depositário deixasse uma grande ressalva para não utilização de seu material em caso de morte se realmente não quisesse que sua viúva engravidasse. Do contrário, o depósito é, em si, uma expressão de vontade.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e do livre planejamento familiar, todos, protegem os direitos do cônjuge sobrevivente de dar continuidade ao plano que iniciou com a vida a dois e com a preservação do material biológico: o de gerar um filho. No mais, não há que se falar em egoísmo para com a criança, que nascerá sem pai, pois mesmo que o pai esteja vivo na época da concepção, nada garante que vivo estará nove meses depois, quando essa criança nascer. Mesmo vivo, também não há garantias de que será um pai amoroso, muito menos presente, essa ausência igualando-o à condição de um pai falecido.

Uma vez que o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil brasileiro reconhece a filiação dos filhos nascidos por inseminação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, é de se assumir que, nascida por meio desse método de reprodução assistida, a criança será presumida filha do *de cuius*. Mesmo que a doutrina e a jurisprudência se dividam quanto aos direitos da viúva sobre o material genético do morto, sendo concebida a criança, há um entendimento geral de que há presunção de paternidade.

Todavia, dada a concepção por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*, o problema passa à seara do direito sucessório. O princípio constitucional da isonomia, estendido ao direito de família como princípio da igualdade de tratamento entre os filhos, juntamente com o princípio do melhor interesse da criança, formam as bases de proteção desses incapazes, o que sempre será mais forte que a divisão da herança.

Por mais importante que seja o direito de herança, e por mais arraigado que esteja o *caput* do artigo 1.798 no Código Civil, legitimando a suceder apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, é preciso lembrar que, não só a legislação brasileira é uma colcha de retalhos, e a inseminação artificial homóloga *post mortem* foi incluída no direito de família, porém esquecida no direito de sucessões, limitando-se o legislador a repetir o texto da lei de 1916, como também podem-se abrir exceções, mesmo que raras, na lei, quando o intuito for proteger e preservar aqueles que nem deveriam arcar com os ônus das lacunas jurídicas em primeiro lugar.

Filhos são filhos, não importa a forma como foram concebidos. Se a legislação possui lacunas, e se o Direito não pode acompanhar os passos largos da Medicina, não é a criança quem deve sofrer as consequências. Utilizando-se o

operador do Direito da analogia ao § 4º do artigo 1.800 do Código Civil, pode-se muito bem impor uma data limite de dois anos para a concepção do futuro herdeiro. Pode-se, inclusive, estender a imposição às clínicas de criopreservação, que não precisarão guardar o material biológico por mais tempo que o necessário.

As próprias clínicas e os hospitais com banco de sêmen podem fazer sua parte, incluindo, em todos os contratos firmados, cláusulas que versem a respeito da utilização do material genético por um cônjuge, após a morte do outro. Cláusulas essas que proíbam ou autorizem expressamente a utilização, a fim de facilitar o trabalho do aplicador da lei. Assim, enquanto não se criam novas leis, que se criem caminhos para que evolução lenta do Direito não atrapalhe a evolução científica.

Por fim, é preciso lembrar que, apesar do silêncio da lei, projetos de lei estão sendo feitos e casos concretos estão sendo julgados não só no Brasil, mas em todo o mundo, e que usar do direito comparado é sempre uma alternativa enriquecedora à falta de legislação nacional. O próprio fomento das discussões já é de grande valia para um tema cuja bibliografia e jurisprudência são escassas, e cujo número de incidência de casos só tende a crescer ao longo dos anos, conforme progredem a Medicina e a tecnologia. Não se há de deixar, nunca, que a complexidade da sociedade atrapalhe a evolução do conhecimento, uma vez que a própria prosperidade da Ciência depende da complexidade da vida.

REFERÊNCIAS

AHLUWALIA, Usha; ARORA, Mala. Posthumous Reproduction and its Legal Perspective. **International Journal of Infertility & Fetal Medicine**, v. 2, i. 1, jan./apr. 2011. Disponível em:

<http://www.jaypeejournals.com/eJournals/ShowText.aspx?ID=992&Type=FREE&TYPE=TOP&IN=_eJournals/images/JPLOGO.gif&IID=86&isPDF=YES>. Acesso em: 2 set. 2014.

AMATO, Paul R. The Impact of Family Formation Change on the Cognitive, Social, and Emotional Well-Being of the Next Generation. **Journal Issue: Marriage and Child Wellbeing**, v. 15, n. 2, 2005. Disponível em:

<<http://futureofchildren.org/publications/journals/article/index.xml?journalid=37&articleid=107§ionid=693>>. Acesso em: 2 set. 2014.

AMERICAN SOCIETY OF REPRODUCTIVE MEDICINE OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS. Newest Assisted Reproductive Technologies Outcomes Data Released; SART Reports 59,466 ART Babies Born; ART Multiple Birth Rates Continue to Decline. **ASRM Press Release**, 05 fev. 2013. Disponível em:

<http://www.asrm.org/Newest_Assisted_Reproductive_Technologies_Outcomes_Data_Released/>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRAUN, Michal; BAIDER, Lea. Souvenir Children: Death and Rebirth. **Journal of Clinical Oncology**, v. 25, n. 34. 01 dez. 2007.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BRITON-JONES, Christine. Egg freezing cannot unwind the biological clock. **Agoura Hills Women's Health Examiner**, 12. mai. 2012. Disponível em:

<<http://www.examiner.com/article/egg-freezing-cannot-unwind-the-biological-clock>>. Acesso em: 18 set. 2014.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. **Assisted Reproductive Technology Fertility Clinic Success Rates Report**. 2010. Disponível em:

<<http://www.cdc.gov/art/ART2010/index.htm>>. Acesso em: 20 set. 2014.

CHINELATO, Silmara Juny; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil: do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

CÔTÉ, Stephanie; AFFDAL, Aliya-Oulaya; KADOCH, Isaac-Jacques; HAMET, Pavel; RAVITSKY, Vardit. Posthumous reproduction with surplus *in vitro* fertilization embryos: a study exploring user's choices. **Fertility and Sterility®**. v. 102, n. 5, 10 jul. 2014.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.**

2008. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081209105317401&mode=print>. Acesso em: 4 out. 2014.

DELFIN, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>> Acesso em: 14 ago. 2014.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **Procriação assistida e direito à saúde: análise do planejamento familiar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito da criança.** 2007. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp047779.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2014.

DEPAULO, Bella. **Singled Out: how singles are stereotyped, stigmatized, and ignored, and still live happily ever after.** London: St. Martin's Griffin, 2007.

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

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY.

Assisted Reproductive Technology fact sheet. 2013. Disponível em:

<<http://www.eshre.eu/ESHRE/English/Guidelines-Legal/ART-fact-sheet/page.aspx/1061>>. Acesso em: 6 out. 2014.

FALLACI, Oriana. **Lettera a un Bambino Mai Nato.** Milão: Rizzoli, 1975. Disponível em: <<http://www.oriانا-fallaci.com/lettera-un-bambino-mai-nato/libro.html>>. Acesso em: 4 out. 2014.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana assistida e suas consequências nas relações de família.** Curitiba: Juruá. 2009.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. **Anais Eletrônicos do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2005. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 5 jan. 2012.

FILHO, José Roberto Moreira. **O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida.** 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2747/o-direito-civil-em-face-das-novas-tecnicas-de-reproducao-assistida>> Acesso em: 14 ago. 2014.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório.** Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=224>. Acesso em: 8 set. 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 2 set. 2014.

FRENCH AGENCY OF BIOMEDICINE. **Rapport d'activité d'Assistance Medical à la Procreation**. 2013. Disponível em: <<http://www.agence-biomedecine.fr/annexes/bilan2011/donnees/procreation/01-amp/synthese.htm>>. Acesso em: 6 set. 2014.

_____. **A nova filiação**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Karine; REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Mulher engravida após a morte do marido. **Jornal Hoje**, Curitiba, 21 jun. 2011.

GHOLOPOUR, Bahar. **Post mortem Sperm Ethics**. 2013. Disponível em: <<http://www.livescience.com/37335-postmortem-sperm-ethics.html>> Acesso em: 6 out. 2014.

GOLDIM, José Roberto. **Princípio do respeito à pessoa ou da autonomia**. 2010. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/autonomi.htm>>. Acesso em: 16 set. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008e3. v. 7.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. **A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito a herança**. 2009. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf> Acesso em: 14 ago. 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e Casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito e Família**, ano 1, n. 1, 1999.

KINGSOLVER, Barbara. **Homeland and Other Stories**. Nova York: Harper Collins Publishers, 2009.

KIRK, Christie E. Assisted Reproduction: children conceived posthumously entitled to inheritance rights. **American Journal of Law & Medicine e Harvard Law & Health Care Society**, v. 30, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1.784 a 2.027)**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Gisele. **Consequências da inseminação artificial após a morte do pai**. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pais_lei_inseminacao_morte_pai> Acesso em: 14 ago. 2014.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão

constitucional. **Revista IOB de Direito de Família**, São Paulo, v. 12, n. 65, p. 21-45, abr./maio 2011.

LEVY, Lidia. **Famílias Monoparentais**. 2005. Disponível em: <http://www.novamerica.org.br/revista_digital/L0107/rev_construindo.asp>. Acesso em: 19 out. 2014.

LUCA, Caterina Medeiros de. **O concebido *Post Mortem* no direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf> Acesso em: 14 ago. 2014.

MIKOLAJCZYK, Mateusz; GOZDZIEWICZ, Tomasz; SKRZYPCZAK, Jana. The efficiency of artificial insemination by husband sperm in infertile couples according to the revised WHO 2010 criteria. **Ginekologia Polska**. v. 84, n. 10, p. 846-850, 2013.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMESC - Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 9-34, jan./dez. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PACHECO, José da Silva. Inventários e Partilha na Sucessão Legítima e Testamentária. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. Curitiba: Juruá, 2007.

RIGO, Gabriella Bresciani. O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente. **Portal jurídico investidura**, Florianópolis, 08 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ROTANIA, Ana Alejandra. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. 2003. Disponível em: <<https://intranet.ifs.ifsuldeminas.edu.br/~telma.souza/Licenciatura%20em%20Biologia/Bioetica/Material/segunda%20prova/reproducao%20humana%20assistida.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da; ARAÚJO NETO, Henrique Batista de. Inseminação artificial *post mortem* e suas implicações no âmbito sucessório. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 14, n. 32, p. 59-78, fev./mar. 2013.

SOUTHERN CALIFORNIA CENTER OF REPRODUCTIVE MEDICINE. **Pregnancy in the 20's**. 2014. Disponível em: <<http://www.socalfertility.com/age-and-fertility/>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

STAR, Brianne M. A Matter of Life And Death: *Posthumous* Conception. **Louisiana Law Review**, v. 64, n. 3, 2004. Disponível em: <digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6047&context=lalrev ou <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol64/iss3/9>>. Acesso: 2 set. 2014.

TASH, Jennifer A.; APPLGARTH, Linda D.; KERR, Susan M.; FINS, Joseph J.; ROSENWAKS, Zev; SCHLEGEL, Peter N. *Post mortem* Sperm Retrieval: The Effect of Instituting Guidelines. **The Journal of Urology**®. v. 170, n. 5, nov. 2013.

UEDA, Andréa Silva Rasga. A dignidade e a solidariedade para com o zigoto (embrião) humano extrauterino: uma nova acepção de entidade familiar? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 22-54, fev./mar. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Laboratory Manual for the Examination and Processing of Human Semen**. 5. ed. 2010. Disponível em: <http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789241547789_eng.pdf>. Acesso em: 6 set. 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Mother or Nothing: the Agony of Infertility**. 2010. Disponível em: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/88/12/10.011210.pdf?ua=1>>. Acesso em: 6 set. 2014.