VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

N935
Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega -

Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-393-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Perspectiva. 3. Diálogo. 4.

Disjunção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

Apresentação

A obra expõe, de forma bastante evidente, o quão ecléticas e ricas foram as apresentações e os debates ocorridos no âmbito do Grupo de trabalho intitulado “Novas perspectivas do direito: diálogos ou disjunções entre o direito público e o direito privado”, por ocasião do VI Encontro Internacional do CONPEDI, na Costa Rica.

Os artigos externam a preocupação dos seus autores de real e efetivamente trazerem à baila as novas discussões empreendidas nos mais diversos ramos do Direito. Se por um lado enaltecem a novidade, os textos não descuidam, por outro, da doutrina tradicional e da perspectiva constitucional tradutora do empoderamento da dignidade da pessoa humana.

A riquíssima experiência de apresentação dos textos de tamanha qualidade somente foi possível pela envergadura dos autores, os quais se comprometeram com a discussão, séria e necessária, de diversos e atuais temas, que entoam a regência da vida moderna pelo direito nas mais diversas áreas.

Por óbvio, os trabalhos não estão a salvo de críticas, mas procuram estabelecer, em intensidades diferentes, a comunicabilidade e a interseção vigentes entre o que outrora se distinguia de forma acentuada como público e privado, nacional e internacional. Novos horizontes se avistam e inovadoras perspectivas estabelecem as relações humanas e estatais.

Aos leitores, desejamos aprazível e inspiradora reflexão!

San Jose, Costa Rica, maio de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Carrega - UFG

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA SUCESSÃO POST-MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

CONTROVERSIAL ASPECTS OF THE SUCCESSION POST-MORTEM AT THE BRAZILIAN LAW UNDER THE LIGHT OF THE CIVILCONSTITUTIONAL RIGHT'S HUMANIZATION

Maria Cristina Paiva Santiago
Robson Antão De Medeiros

Resumo

RESUMO: A tutela jurídica da família, impulsionada pela tendência contemporânea da fundamentalização de direitos considerados imanentes à condição humana, foi erigida ao patamar de direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Desse modo, o presente escrito tem por objetivo propiciar reflexão a respeito do direito à filiação post-mortem, concretizado a partir do avanço da biotecnologia e seus desdobramentos no campo do direito sucessório, contribuindo, dessa forma, para a análise da tutela jurídica das instituições privadas no contexto atual do desenvolvimento dos direito fundamentais na República Federativa do Brasil, enquanto país integrante da América Latina.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Biotecnologia, Direitos sucessórios, Direito público, Direito privado

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: The familys legal protection, driven by the contemporary tendency of substantiation of rights that are considered immanent to human condition, was elevated to a level of fundamental right by the Brazils Constitution of the Federative Republic. Thereby, this writting aims to propitiate the refexion about the rights of filiation postmortem, materialized from biotecnology advance and its developments on the succession rights field, contributing, this way, to the analyses of legal protection of private institutions, on the actual context of fundamental rights development on the Federative Republic of Brazil, as a country member of the Latin America.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Biotecnology, Succession rights, Public's right, Private's right

INTRODUÇÃO

Partindo-se do novo paradigma da constitucionalização do direito privado, considerado vertente metodológica que traz a tutela da pessoa humana, em suas múltiplas projeções, para o núcleo duro do sistema normativo, o presente estudo se propõe a analisar a proteção dos direitos sucessórios no cenário brasileiro do filho havido através da utilização das técnicas de reprodução assista post-mortem. Justifica-se a presente pesquisa como pertinente ao eixo temático da linha teórica que compreende o desenvolvimento de um país na perspectiva da igualdade ao acesso aos direitos fundamentais de forma homogênea para todas as pessoas indistintamente. No direito brasileiro, verifica-se que a proteção da família foi erigida ao nível de norma constitucional, dando ao direito à filiação uma configuração especial. Alie-se a esse fato a opção pela doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em sede constitucional, estão contidos em diversos dispositivos, dentre os quais se pode destacar o artigo 227 e parágrafos como sendo o eixo central de todo sistema normativo da tutela da criança e do adolescente como sujeitos de direito em situação de vulnerabilidade. O avanço da medicina propicia novas possibilidades de leitura da filiação no direito brasileiro. Sobre o assunto, Paulo Lôbo, enfatiza que a filiação é conceito único, não se admitindo adjetivações ou discriminações[1] (LÔBO, 2011).

Dessa forma, afirma-se que as normas constitucionais contêm os princípios e o fundamento da República, e por que não, dizer, trazem a descrição de um projeto para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, forjada nos valores, eleitos pela Carta Política, como prevalentes em um dado momento histórico.

Assim, no Brasil, a partir da redemocratização do país, após quase 21 anos de ditadura, todo o arcabouço legislativo tem por fundamento a concretização da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Percebe-se, pois, ao longo dos anos profunda modificação nas relações familiares e de parentesco. Para tanto, é suficiente fazer memória das desigualdades de

[1] Afirma Paulo Lôbo: "Sob o ponto de vista do direito brasileiro, a filiação é biológica e não biológica. Por ser uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha exclusividade" (LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192).

diretos existentes entre filhos legítimos e ilegítimos, outrora existentes numa crescente deslegitimação das desigualdades jurídicas.

Na presente pesquisa será utilizado o método hipotético-dedutivo de Popper para discutir a possibilidade, ou não, da ampliação da capacidade sucessória para alcançar o filho havido *post morten*. Desse modo, o presente artigo tem por objeto discutir questões ético-jurídicas, envolvendo a utilização dos embriões excedentários nas reproduções homólogas medicamente assistidas, após a morte do pai[2] e o direito à sucessão *post-mortem*.

Desse modo, metodologicamente, o artigo será dividido em três partes. No primeiro tópico se fará uma releitura do direito à filiação a partir da constitucionalização do direito privado. No tópico seguinte serão discutidos os princípios normativos que orientam o direito de família e suas implicações no direito das sucessões. No terceiro e último tópico serão discutidas as questões ético-jurídicas do direito fundamental à herança e o avanço das biotecnologias.

1 O RESGATE DA TUTELA DA PESSOA HUMANA EM SUA DIMENSÃO EXISTENCIAL E A JUSFUNDAMENTALIDADE DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A cultura voltada para a proteção dos direitos humanos traz consigo, dentre outras consequências, o resgate da valorização da pessoa humana em sua dimensão existencial, isto é, protege-se a pessoa pela sua simples condição humana. Após as atrocidades praticadas durante a Segunda Grande Guerra, se constata o esvaziamento do direito anterior, consagrado em 1919, na República de Weimar. A partir daí, verifica-se que os juízes não estão mais subjugados aos imperativos da norma, mas sim, aos princípios ditados pelo racismo[3] e pelo nazismo. O eixo fundamental do Estado, então, passa a ser ditada pela vontade de uma só pessoa, no caso da Alemanha social nacionalista, a vontade do *Füher* e por seu partido único (LOSANO, 2010, p.186.).

Desse modo, caem por terra as formas parlamentares e, com elas, as garantias

[2] Nesse sentido, dispõe o artigo 1.597, do CC-02: "Presume-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] omissis. IV. Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. reprodução medicamente assistida homóloga."

[3] Segundo, Losano Racismo é termo carregado de significados emocionais, que vão da designação de teorias científicas já superadas à acusação política infamante. (LOSANO, 2010, p. 194).

dos cidadãos. Ressalte-se, ainda, que os fortalecimentos de movimentos de extrema direita não ocorreram apenas na Alemanha, mas em toda Europa[4].

Com o êxito da revolução nacional-socialista, entra em declínio, para não dizer em colapso, a ciência jurídica alemã do século XIX. É necessário enfatizar, também, que a revolução nacional-socialista, "destruiu o direito herdado pelo Império alemão e pela república de Weimar" (LOZANO, 2010, p. 186), sendo, por essa razão, considerado antipositivista e antissistemático. O juiz se desvincula da lei e passa a ser subjugado pela ideologia política do partido único. Assim, entre os anos de 1918 e 1948, a Alemanha foi palco de mudanças marcantes no direito, enquanto ciência jurídica. De fato, pode ser constatado ao longo da história, que o direito alemão sempre foi *locus* fecundo para a consagração de importantes institutos jurídicos. Foi assim, seguindo a tradição, que a ciência jurídica germânica pós-guerra, com a Lei Fundamental de Bonn, e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, resgata historicamente a primazia da condição humana, desenvolvendo a teoria dos direitos subjetivos imanentes à pessoa (ALEXY, 2011), que aliados ao primado normativo do princípio e valor jurídico da dignidade humana (SARLET, 2011, p. 89-99), constituem o núcleo duro de todo ordenamento jurídico forjado nos Estados liberais.

Afirma-se, ainda em uma perspectiva histórica, que os novos ares da valorização da pessoa humana, como eixo central do sistema normativo, também alcançam o Brasil após vinte e um anos de ditadura militar (1964-1985). Assim, em plena crise desse regime, deu-se início ao movimento que culminaria com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

A Carta Política da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, sob a inspiração da cultura constitucional alemã, trouxe em seus primeiros capítulos a disposição de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais (BONAVIDES, 2015).

No entanto, observa-se que, embora exista um grande apreço por parte da doutrina na discussão dos direitos fundamentais, prescinde de consenso sobre a relação existente entre direitos fundamentais e os denominados direitos humanos, causando, de certo modo, dissenso sobre o assunto. Bonavides, a respeito do tema, inicia o estudo da teoria dos direitos fundamentais propondo o seguinte questionamento: "podem as

[4]Assim, deu-se a tomada do poder na Itália, em 1922, em Portugal, em 1933 e na Espanha, em 1936.

expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente?" (BONAVIDES, 2015, p. 578).

Para isso, Bonavides conclui que, na verdade, a distinção terminológica, varia de acordo com a nacionalidade dos autores, seguindo, deste modo, coerência com a tradição e a história de determinados povos. Percebe-se, na literatura jurídica, que o termo direitos humanos ou direitos do homem são, frequentemente, empregados entre autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ser mais utilizada pelos publicistas alemães. O rol de direitos ditos fundamentais[5], a partir de então, cresce de forma extraordinária, abrangendo inclusive questões alheias ao suposto núcleo caracterizador da natureza humana, desvirtuando, portanto, o caráter jusfundamental de tais direitos (NABAIS, 1998).

Ainda sobre os direitos fundamentais, convém destacar o caráter não taxativo dos direitos inscritos expressamente no artigo 5º da Carta Política de 1988. Com efeito, sobre esse assunto oportuna é a lição de Sarlet[6] a respeito do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro.

Desse modo, resta consagrado no art. 5º, § 2, da Lex Mater, o "principio da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição" (SARLET, 2011, p. 80).

Sendo assim, destaca-se para o presente escrito a jusfundamentalidade da regra contida no artigo 227, § 6º, que trata do direito dos filhos a um tratamento igualitário e não discriminatório.

---

[5] Apesar de não haver consenso quanto à relação semântica entre as expressões *direitos humanos* e *direitos fundamentais,* o presente estudo, que parte do texto constitucional brasileiro, acata a distinção proposta por Ingo Wolfgang Sarlet, para quem "o termo '*direitos fundamentais*' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão '*direitos humanos*' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). [...] Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões '*direitos humanos*' (ou direitos humanos fundamentais) e '*direitos fundamentais*', reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas." (2006, p. 35-36 e 42).

[6] Ingo Sarlet doutrinando a respeito da regra contida no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, explica que o rol do artigo 5º apesar de analítico não tem cunho taxativo: "Neste sentido, é lição pacífica da doutrina que a regra citada implica a impossibilidade de aplicar-se o tradicional princípio hermenêutico do *inclusio unius alterius est exclusius,* o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido, doutrina esta que se encontra perfeitamente sedimentada em toda a história do constitucionalismo republicano, mas que, nem por isso (e talvez por isso mesmo), dispensa outros desenvolvimentos" (SARLET, 2011, p.79).

Tal visão, fortemente influenciada pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente faz com que haja real possibilidade de garantir-se a igualdade na tutela dos direitos sucessórios dos filhos, independentemente, de serem concebidos *post-mortem* do pai a partir da utilização de material genético nos termos do artigo 1596, inciso III, do CC-02.

A constitucionalização do direito privado no ordenamento jurídico é fenômeno ligado às modificações paradigmáticas que consolidaram a dignidade humana, em suas múltiplas dimensões. Os antigos cânones do Direito Privado devem ceder lugar para os novos valores oriundos da constitucionalização das relações jurídico-privadas. Ou seja, a contribuição mais contundente do fenômeno constitucionalizador do Direito Civil deverá ser o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como base axiológica dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca, para fins do presente escrito a tutela dos direitos sucessórios dos filhos gerados após a morte de seu genitor através das técnicas de reprodução assistida.

2 FILIAÇÃO *POST-MORTEM*: ABORDAGEM ESPISTEMOLÓGICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À FILIAÇÃO E SUA TUTELA JURÍDICA NO CAMPO DO DIREITO SUCESSÓRIO.

Assiste-se com o passar dos tempos uma verdadeira revolução biotecnológica. O avanço da biomedicina faz surgir situações jamais imaginadas pelo legislador de outrora. Neste momento, vê-se com frequência o embate entre o Direito, enquanto ciência norma de convivência, e situações fáticas criadas a partir do avanço da questão tecnológica.

Ao longo do tempo verifica-se que nenhum outro ramo do direito privado sofreu tantas transformações quanto o direito de família, ou utilizando-se de uma linguagem mais próxima realidade que se descortina o direito das famílias.

A família que antes era reconhecida como uma unidade produtiva passa e ser unidade afetiva. Essas modificações se devem em grande parte em razão de sua essencial cultural que faz com que os arranjos familiares acompanhem a mudança social que lhes dão ambiência.

Historicamente, a família era plasmada em um modelo hierarquizado e preconceituoso de modo a acolher situações de extremas desigualdades. Protegia-se a família enquanto instituição, deixando em segundo plano a proteção da pessoa que a

constitui. Em nome da proteção da família o direito enquanto ordenamento jurídico era palco de continuadas exclusões. Para tanto, é suficiente lembrar a impossibilidade de tutela jurídica da família convivencial. Também, o véu do preconceito se estendia sobre os filhos havidos de relações não matrimonializadas que eram tidos como filiação ilegítima sem direito ao nome nem ao reconhecimento de seu direito sucessório.

Com o passar do tempo e a constitucionalização do direito privado, traz a pessoa humana, em suas múltiplas dimensões para o centro da tutela jurídica. A partir da Carta Política de 1988, se abre uma nova carga axiológica sobre o campo do direito de família. Desse modo, tem-se, com redemocratização do país, a superação de um ciclo de atrasos e a consequente transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado de direito.

Associada a essa modificação paradigmática somam-se também outras alterações decorrentes do avanço da biomedicina, notadamente, no campo do direito à filiação, fruto do direito fundamental ao planejamento familiar[7]. Até meados do século XX a paternidade era linear e natural, tendo sua origem no ato sexual, seguido de uma concepção e posterior nascimento.

Contudo, a revolução da biotecnologia provoca considerável repercussão nas estruturas da família. Como exemplo, citem-se as técnicas de reprodução assistida[8] que abrem um leque de amplo espectro para a concretização do direito fundamental ao planejamento familiar. Permite-se a geração da vida, independentemente, do ato sexual, por método, artificial, científico ou técnico. (FACHIN, p. 229).

Dentre as técnicas de reprodução assistida destacam-se a concepção homóloga e a concepção heteróloga. Segundo, Dias (2016, p. 395) chama-se homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Por sua Vez, denomina-se hetoróloga a concepção que é feita a partir do material genético de doador anônimo. Nesses casos o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo

[7] No Brasil a lei que disciplina o planejamento familiar é a Lei nº 9.263, de janeiro de 1996, em cujo texto se extrai tanto normativas quanto à viabilização do direito à filiação, através do uso das técnicas de reprodução humana medicamente assistidas, como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, tanto homóloga como heteróloga, bem como, se debate sobre a obrigação do Estado brasileiro em fomentar políticas públicas que visem orientar à população sobre a correta utilização de mecanismos contraceptivos. Ressalte-se, entretanto, que a mencionada disseminação dos métodos anticoncepcionais no Brasil visa apenas auxiliar na decisão das pessoas que assim deliberarem, não tendo qualquer intenção de controlar a natalidade no país, o quê, inclusive, é expressamente vedado pelo ordenamento.

[8] O primeiro caso de inseminação artificial humana ocorreu em 1791, praticada pelo médico inglês John Hunter. Entretanto, somente no ano de 1866, ocorreu a primeira inoculação direta do sêmen no útero, levada a efeito por Sims, com êxito para a gravidez, que não chegou a termo. (OlIVEIRA;BORGES JR, 2000, p. 11).

casada, se o outro cônjuge houver consentido com a prática, será estabelecida a filiação por força de presunção legal.

Registre-se, neste momento, que inicialmente a técnica de reprodução assistida heteróloga foi pensada para socorrer àquelas pessoas que por alguma razão não tinha condições de gerar um filho, em razão de infertilidade. Porém, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 2.121/2015[9] que regulamenta o uso destas técnicas expressamente admite que sejam utilizadas por casais homossexuais. Nessas hipóteses, dispensa-se a comprovação da esterilidade, uma vez que, as infertilidades dessas pessoas decorrem de suas orientações sexuais. Interessante anotar que recentemente o Conselho Nacional de Justiça editou o Enunciado nº 40, cujo teor se traduz em mais um passo para um direito civil humanizado: "É admissível, no registro de nascimento de indivíduo gerado por reprodução assistida, a inclusão do nome de duas pessoas d mesmo sexo, como pais".

Para a discussão a que se propõe no presente escrito, qual seja, os efeitos sucessórios decorrentes da filiação pós-morte do genitor, é necessário esclarecer que a lei faz menção expressa apenas para as hipóteses de inseminação homóloga[10]. Verifica-se, desse modo, que o vínculo da paternidade se estabelece, ainda que o genitor tenha falecido, o que segundo Gama, tem suscitado inúmeros debates em sede de doutrina[11] e jurisprudência. Diga-se, ainda, que a presunção aqui estabelecida somente se aplica a família matrimonializada, pois está inserida no quadro geral dos modelos de parentalidade-filiação, onde o marido da mãe do filho que foi concebido e nascido dentro do casamento, por presunção legal, é o pai. (GAMA, 2003, p. 727). Nesses casos a paternidade estabelece-se automaticamente por força da incidência do "principio da indivisibilidade da filiação matrimonial" (GAMA, p. 728).

Se a técnica de reprodução assistida homóloga for praticada em sede de união convivencial, por inexistir a presunção de paternidade do companheiro em relação ao filho de sua companheira, caso o companheiro não reconheça voluntariamente a

[9] Ressalta-se que no Brasil a Resolução n. 2.121/2015 editada pelo Conselho Federal de Medicina é a única norma legal sobre o tema da Reprodução Assistida (RA), apesar de existirem vários Projetos de Lei em trâmite no Congresso Nacional, a exemplo do PL n. 1.183/2005.

[10] Artigo 1596: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] omissis; III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratarem de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

[11] Para Eduardo de Oliveira Leite, a inseminação post mortem (também denominada inseminação intermediária, já que não é homóloga nem heteróloga) não se justifica porque não há mais casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, daí sua conclusão quanto ao desaconselhamento de tal prática (LEITE, p. 154-155) Eduardo de Oliveira Leite, p. 731

paternidade em relação à criança concebida e nascida durante a união estável, a criança deverá promover a ação judicial buscando o reconhecimento forçado da paternidade, com base na verdade biológica, bem como, pelo fato da concepção ter ocorrido durante a união convivencial.

A questão se torna ainda mais árdua diante da possibilidade da técnica de reprodução assistida homóloga, ocorrer após a morte do genitor, seja este marido ou companheiro. Sabe-se que a biomedicina tem avançado de forma vertiginosa ao longo do tempo, permitindo, por exemplo, que o sêmen, o embrião e até o óvulo possam ser criopreservados, isto é, mantidos através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, possibilitando, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material genético possa ser usado na técnica de reprodução assistida.

Para Gama, (2003, p.732) haverá distinções no tratamento no que pertine aos efeitos da paternidade-filiação relativamente aos outros filhos do falecido, que tenham sido concebidos e nascidos, durante a vida deste, notadamente, no que concerne às regras do direito sucessório.

No direito brasileiro a sucessão hereditária se concretiza por duas vias, uma decorrente da lei – sucessão legítima e outra decorrente da autonomia privada – sucessão testamentária, calcada esta última nas declarações de última vontade do falecido. A matéria encontra-se contemplada no artigo 1798, do Código Civil Brasileiro de 2002, e preconiza que somente estão legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão hereditária[12]. Sendo que, no caso da filiação decorrente da utilização da técnica de concepção *post mortem*, sequer haveria a existência de embrião, no momento do falecimento do cônjuge ou companheiro doador do material genético. Alguns autores se socorrem da regra contida dentro da sucessão testamentária que permite que seja chamada à sucessão, a prole eventual[13].

Observa-se que a questão é bastante delicada, ainda mais, porque se afigura como afronta ao mandamento constitucional da vedação de tratamento desigual aos filhos, nos termos do artigo 227, § 6º, da Constituição de 1988. Nesta oportunidade, veja-se a doutrina de Gama (2003, p. 733) ao afirmar que negar o princípio da isonomia, supor que a sucessão no caso de utilização das técnicas de reprodução assistida, *post*

[12] O Enunciado nº 267 da Jornada de Direito Civil dispõe: "A regra do artigo 1798 do Código Civil, deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para petição de herança".

[13] Diz o artigo 1799: Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

mortem, somente seria possível, à luz do direito brasileiro, na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima[14].

Pode-se afirmar a existência no direito brasileiro de três correntes doutrinárias acerca do tema proposto. A corrente excludente como o próprio nome já indica, não admite qualquer direito ao filho concebido após a morte do genitor, sejam esses direitos ínsitos aos direitos de família, sejam referentes aos direitos sucessórios, concluindo-se que o concebido após a morte do genitor ou da genitora[15] não o legitimará como filho e herdeiro do falecido ou da falecida. Segundo Garieri, Silva e Salomão, em artigo intitulado, "Reprodução Humana Assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas in vitro", defendem essa teoria os autores Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Eduardo de Oliveira Leite, sob o fundamento que a afronta ao principio constitucional se daria a partir da afronta ao principio da paternidade responsável e ao principio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que, já nasceria órfã (2014, p.74).

Por sua vez, a corrente relativamente excludente advoga a proteção dos direitos de família do concebido post-mortem, na medida em que seriam estabelecidos os vínculos parentais, mas não haveria a tutela dos direitos sucessórios. Alguns adeptos dessa corrente acolhem, todavia, a possibilidade do filho concebido pós-morte ser herdeiro testamentário. Para tanto, defendem a ampliação da regra contida no artigo 1799, inciso I, do Código Civil, contemplando o concebido como prole eventual.

Já a corrente totalmente inclusiva[16] defende a tutela de todos os direitos do concebido após a morte do autor ou da autora do projeto parental, sendo titular de direitos de família e de direitos sucessórios. Fundamentam suas convicções no artigo 1597, inciso III, do CC, bem como, no artigo 227, § 6º, da Carta Política de 1988.

De fato, com fundamento, na vertente hermenêutica inaugurada pela Constitucionalização do direito civil, entende-se não ser possível excluir qualquer

[14] Sobre os prejuízos sofridos, no campo do direito sucessório pelos filhos concebidos pós-morte do pai, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "A despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente, tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido. Contudo, o Código de 2002 não soluciona a questão a respeito da desigualdade entre os filhos no campo dos direitos sucessórios.

[15] Ao referenciarmos a genitora, queremos chamar a atenção para a existência da possibilidade de aplicação das técnicas de reprodução assistida também na modalidade barriga de substituição.

[16] Defende essa corrente: Dario Alexandre Guimarães Nóbrega em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, n. 20, p. 39-59, fev/mar. 2011, p. 55.

direito daquele que tenha sido concebido post mortem. Pensar de forma diversa seria mais uma vez retroceder na tutela da pessoa humana em todas as suas dimensões.

Não se pode deixar de registrar, entretanto, a necessidade de autorização expressa do falecido, no sentido de permitir a utilização de seu material genético após sua morte. Neste sentido, inclusive a redação da Resolução nº 2.013/2013[17] ao tratar da reprodução assistida *post mortem*.

3 BIOTECNOLOGIA, BIODIREITO E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Em sua infindável e mais que típica curiosidade o ser humano vem avançando cada vez mais nas descobertas científicas. Em razão de um desenvolvimento tecnológico inusitado, muitas vezes, o homem se depara com situações que o faz imaginar-se titular de um poder tão imenso capaz de lança-lo para imortalidade. A esse respeito, Ferry (2012, p. 10) elucida: "O único elemento eterno é a própria impermanência, a característica flutuante e mortal de toda coisa". Contudo, a constatação dessa verdade imanente à própria condição humana não é suficiente para frear a busca dessa imortalidade. No campo da revolução científica a omissão da sociedade científica pode permitir que "práticas não controladas produzam consequências imprevisíveis e possivelmente maléficas para a permanência do ser humano na Terra" (GAMA, 2003, p. 15).

Na própria história da humanidade se constata as modificações introduzidas a partir do avanço da ciência e da tecnologia. Dogmas e teorias, antes irrefutáveis, são desfeitas a partir das descobertas científicas, notadamente na era pós-moderna. Segundo, ENGELHARDT JR (1998, p.27) a expressão de pós-modernidade foi usada para identificar as "mudanças sociais, sociais e tecnológicas que tiveram maior destaque após a Segunda Grande Guerra". Ainda, trilhando o raciocínio do autor, a marca deste período é o rápido crescimento da nova tecnologia do conhecimento, que possibilita a coleta e análise de dados e de sistemas. Para Engelhardt "o computador é, para a produção do conhecimento, o que a locomotiva foi para a produção de materiais".

[17] Resolução nº 2.2013/2013: VIII – Reprodução Assistida Post-Mortem – "É possível desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente".

No campo da Bioética, Berlinguer e Garrafa, ambos citados por GAMA (2003, p. 16) chamam a atenção da academia para o perigo da coisificação da pessoa pela Ciência. Desta feita a distância entre ficção e realidade se torna cada vez mais tênue, como avanço da engenharia genética já predita no Admirável mundo novo de Adous Huxley[18].

Com relação ao tema proposto o avanço da biomedicina não pode deixar ser acompanhado pela ciência jurídica. Assim, levando-se em conta a fundamentalidade do direito à filiação, bem como do direito à sucessão não como não reconhecer o direito hereditário ao filho concebido *post mortem*.

A revolução tecnológica possibilita a concepção de filhos desvinculada da prática de relação sexual, contribuindo, desta forma na concretização do projeto parental para muitas famílias. Por outro lado, esse avanço na tecnologia traz consigo o surgimento de situações que reclamam solução por parte do ordenamento jurídico. A inseminação artificial *post-mortem* a partir do uso das técnicas de reprodução assistida constitui realidade no cenário pátrio.

A humanização do direito civil propõe-se a concretização da dignidade da pessoa humana em toda sua dimensão individual e social. Trata-se de movimento acadêmico forjado no pós-constitucionalização do direito civil que impõe a tutela do diferente. Seguindo esse caminhar hermenêutico os princípios constitucionais assumem força normativa de modo a autorizar a ampliação norma jurídica para tutela o diferente.

Assim, ainda que existam inúmeros dilemas éticos envolvendo o avanço da biotecnologia e questões morais, notadamente no que diz respeito à vida e à morte, não se pode deixar de seguir a carga axiológica descrita na Carta Política de 1988. Desse modo, a inseminação *post-mortem*, deve ser interpretada à luz dos princípios e direitos fundamentais positivados expressa ou implicitamente no texto constitucional normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[18] A obra de Huxley trata de uma sociedade inteiramente organizada segundo princípios científicos, na qual a mera menção das antiquadas palavras 'pai' e 'mãe' produzem repugnância. Um mundo de pessoas programadas em laboratório, e adestradas para cumprir seu papel numa sociedade de castas biologicamente definidas já no nascimento. Um mundo no qual a literatura, a música e o cinema só têm a função de solidificar o espírito de conformismo.

Assiste-se com o passar dos tempos uma verdadeira revolução biotecnológica. O avanço da biomedicina faz surgir situações jamais imaginadas pelo legislador de outrora. Neste momento, vê-se com frequência o embate entre o Direito, enquanto ciência norma de convivência, e situações fáticas criadas a partir do avanço da questão tecnológica.

Ao longo do tempo verifica-se que nenhum outro ramo do direito privado sofreu tantas transformações quanto o direito de família, ou utilizando-se de uma linguagem mais próxima diante dos novos paradigmas que se descortinam na atualidade, melhor denominação, sem dúvida, é o direito das famílias.

Historicamente, o direito de família brasileiro foi palco de inúmeras injustiças e negações aos direitos humanos de seus integrantes. Nessa linha, acolhia-se o tratamento discriminatório para os filhos havidos de relações não matrimonializadas. Permitia-se, inclusive, a designação infamante de filiação ilegítima ou espúria. No que concerne ao direito projeto de concretização do projeto parental através da adoção, melhor sorte não socorria os filhos adotivos. Se existissem em uma mesma família filhos provenientes de uma fecundação natural e da adoção, inicialmente não teriam nenhum direito e, somente, após algum avanço da lei, teriam direito à metade dos direitos sucessórios do filho consanguíneo.

Após quase vinte e um anos de ditadura foi promulgada a Carta Cidadã de 1988 elevando ao nível constitucional a tutela da família brasileira, traduzida em norma expressa na qual se afirma ser a família base da sociedade e detentora de especial proteção do Estado. Mais adiante, no texto normativo maior, se igualam, pelo menos na seara legislativa, os direitos dos filhos, independentemente de origem, sexo ou qualquer outro critério discriminatório, conforme se extrai do § 6º, do artigo 227, da Constituição da República Federativa do Brasil. A partir daí ao "eliminar-se toda e qualquer discriminação terminológica, a direitos e deveres, entre filhos, quer ligados pelo vínculo do sangue, que pelo vínculo jurídico da Adoção" (AZEVEDO, 2003, p.56).

Destarte, a Lex Mater brasileira, seguindo tendência alemã inaugura entre nós a difusão dos direitos fundamentais. Os valores constitucionais são responsáveis para a modificação paradigmática de vários institutos do direito privado. Nomeia-se de Constitucionalização do direito privado a vertente metodológica interpretativa que permite, entre outros efeitos, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Afirma-se, ainda, que a constitucionalização do direito-privado se irradia sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, além da vinda para a Constituição de direitos e regras

que repercutem sobre as relações privadas a exemplo da função social da propriedade; a proteção do consumidor; a igualdade entre cônjuges e entre os filhos; novas formas de entidade familiar são reconhecidas e recebem tutela jurídica.

O advento das técnicas de reprodução assistidas tem gerado conflitos jurídicos tanto no processo de inseminação homóloga quanto na inseminação heteróloga. Dentre esses questionamentos, um dos mais recorrentes constitui-se na utilização de sêmen ou óvulos congelados que são utilizados após a morte do homem ou da mulher.

Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro tem por tradição no direito de família a utilização do sistema de presunções para o estabelecimento da filiação. Dessa forma, com fundamento, no artigo 1597 do Código Civil brasileiro, trata da presunção de filiação no direito brasileiro e no seu inciso III, prevê que os filhos havidos por inseminação artificial homologa, mesmo que falecido o marido, são filhos presumidos como se fossem concebidos na constância do casamento. Ressalta-se, ainda, nesse momento que o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº2.121/2015, traz como exigência para que se possa utilizar o material genético após a morte do doador, a existência de autorização expressa deste último. Caso contrário, ocorreria a colisão com os princípios do biodireito e da bioética.

Destaque-se, também, nesta oportunidade, que existe no ordenamento brasileiro, a possibilidade da mulher fertilizar-se com o sêmen do marido, ainda que não haja consentimento expresso nesse sentido, desde que precedida de decisão judicial.

Com relação a preservação dos direitos sucessórios dos filhos havidos *post morten* no direito brasileiro conclui-se que a regra da preexistência contida nos artigos 1784 e c/c 1792 do Código Civil brasileiro não é absoluta.

Fundamenta-se esse entendimento na premissa metodológica da constitucionalização do direito privado que autoriza para aplicação dos institutos do direito civil, não apenas a utilização das normas contidas na lei infraconstitucional, mas principalmente, observância dos princípios constitucionais pertinentes à matéria.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 227, º 6º, é clara em garantir de forma expressa que os filhos terão os mesmo direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias.

Assim, após a análise da doutrina acostada ao presente escrito, acredita-se não haver mais possibilidade de negar a isonomia com relação aos direitos sucessórios do filho havido por reprodução medicamente assistida, gerado pós-morte de um dos autores do projeto parental.

Dessa forma, conclui-se que se se um filho nascer mediante a utilização de técnica de reprodução assistida, mediante inseminação homóloga, sendo reconhecido e

registrado como filho do autor da herança deverá ter seus direitos sucessórios assegurados, posto que a lei infraconstitucional deve se adequar aos valores fundamentais assegurados na Lex Mater.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Título original: Theorie der Grundrechte.

APPIAH, Kwame Anthony. **Cosmopolitismo:** La ética en un mundo de extraños. Buenos Aires: Katz, 2007

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

AZEVEDO, Alváro Villaça. Ética, Direito e Reprodução Assistida in **Direito Civil no século XXI**, Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERLIN, Isaiah. **La Tradición de La Libertad**: seis enemigos de la liberdad humana. México: FCE, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Perspectivas a partir do direito civil-constitucional**. Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**.** Anais do congresso Internacional do Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro/ Gustavo Tep. Organizador. p. 29-41 .São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. Direitos fundamentais e direito privado/ Adalcy Rachid Coutinho ... [et. al]; Org. Ingo Wolfgang Sarlet. p. 111-144, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed., Malheiros. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/consituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de junho de 2016.

CORTINA, Adela. **Ciudadanos Del mundo**: hacia uma teoria de La ciudadania**.** Alianza Editorial. Madrid, 2001. Ou Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, 11ª Edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyla, 1998.

FACHIN, Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão. São Paulo. 8ª Ed. Atlas. 2015.

FERRY, Luc. **O homem Deus, ou, O sentido da vida**; trad. Jorge Bstos – 5ª ed. Rio de Janeiro: Diefel, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira Da. **A Nova Filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luísa Angelo Meneses Caixeta Silva; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida. **Revista Nacional de Direito de Famílias e Sucessões**, v. 1 jul/ago. 2014, Porto Alegre, p.65-83.

HUXLEY, Adous. **O Admirável Mundo Novo**. Trad. Serrano Vidal. Editora Globo de bolso.2015.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa** - Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 99-109.

LOZANO, Mário G. **Sistema e estruturas no direito, volume 2: O século XX**. São Paulo. Martins Fontes, 2010.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. In: **Ab Uno ad Omnes**: 75 anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez; Jr. BORGES. Edson. Reprodução assistida: até onde podermos chegar? São Paulo: Gaia, 2000.

SARLET, Ingo Wolgang. Constitução, **Direitos fundamentais e direito privado**/ Adalcy Rachid Coutinho ... [et. al]; Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3.ed. re. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____ **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SORTO, Fredys Orlando. **Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis**. Madrid: Instituto de Derechos Humanos. Bartolomé de las Casa Universidad Caslos III de Madrid, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **A experiência brasileira de Constituição Econômica.** Revista de Informação legislativa 102. Brasília, Senado Federal, abril-junho/89.

TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais**. Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**.** Anais do congresso Internacional do Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro/ Gustavo Tep. Organizador. p. 356-371.São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária.** São Paulo: Saraiva, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.