ACTIO

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS

A FILIAÇÃO "*POST MORTEM*" GARANTE A PROTEÇÃO DOS DIREITOS CIVIS DA PESSOA?

A MEMBERSHIP "POST MORTEM" GUARANTEE THE RIGHTS OF THE PERSON CIVIL PROTECTION?

Recebido em:	**22.06.2015**
Aprovado em:	**03.07.2015**

José Sebastião de Oliveira[1]
Angélica Ferreria Rosa[2]

RESUMO

A ciência evolui de modo constante e em prol do alcance de grandes avanços, como por exemplo, o surgimento das técnicas de reprodução humana em laboratório, as quais propiciaram a realização pessoal de muitos casais que não conseguem procriar filhos de forma natural, o que pode ser garantido pelo princípio da dignidade da pessoa humana que é fruto da constitucionalização do Direito Civil. O surgimento da reprodução assistida, também trouxe a possibilidade desta procriação ocorrer após a morte de um dos genitores. Devido ao surgimento diário de novas técnicas reprodutivas pela medicina reprodutiva, o Conselho Federal de Medicina estipulou a resolução nº 2.013/13, mas não há leis referentes à regulamentação da reprodução assistida no Brasil, entretanto, está em tramitação o Projeto de Lei n. 1184/2003 para a regulamentação de tais técnicas. Sendo assim, o estudo e a

[1] Possui graduação em Direito pela Faculdade Estadual de Direito de Maringá (1973), mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor da graduação, posgraduação lato sensu e posgraduação stricto sensu (mestrado) do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Coordenador do Programa de Posgraduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR) Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos da personalidade, família,sucessões, responsabilidade civil, e também em metodologia do ensino jurídico.

[2] Formada pela Universidade Estadual de Maringá (2014). Integra o corpo dos estudantes do curso de direito e participa constantemente de eventos, palestras e simpósios. Desenvolve projetos nas áreas de Direito Ambiental, Direito da Família, Psicologia do Direito, Direito Constitucional, Direito do Trabalho, Direito Civil, com ênfase em Direito Empresarial. Atualmente é advogada OAB 71475 Pr e mestranda bolsista em direito das personalidades do Unicesumar. Advogada dativa da Comissão de ética da subseção de Maringá-Pr. Jurada do Tribunal do Júri de Maringá-Pr. angelicaferreirarosa@hotmail.com

estipulação de normas que regulamentem as técnicas de reprodução assistida é indispensável, principalmente em relação as que ocorrem após a morte do *de cujus*, afinal, a falta de estipulação legal pode levar ao comprometimento da proteção integral dos direitos de personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização dos direitos civis; Fertilização *post mortem*; Direitos de personalidade; Consequências da fertilização.

ABSTRACT

The science evolves steadily and towards achieving major advances, such as the emergence of the techniques of human reproduction in the laboratory, which led to the personal fulfillment of many couples who can't procreate children naturally, the which can be guaranteed by the principle of human dignity which is the fruit of a constitution of civil law. The emergence of assisted reproduction, also brought the possibility of this procreation occurs after the death of a parent. Due to the daily emergence of new reproductive techniques for reproductive medicine, the Federal Medical Council stipulated the Resolution n. 2.013/13, but there are no laws regarding the regulation of assisted reproduction in Brazil, however, are going through the Bill n. 1.184/2003 for the regulation of such techniques. Therefore, the study and the stipulation of rules governing the assisted reproduction techniques is essential, especially regarding those that occur after the death of the deceased, after all, the lack of legal stipulation can lead to impairment of full protection of the rights of personality.

KEYWORDS: Constitutionalisation civil rights; Fertilization post mortem; Personality rights; Consequences of fertilization.

1 INTRODUÇÃO

Muitos casais almejam a procriação de filhos para a constituição da família, mas não são todos que conseguem realizar o objetivo, pois há pessoas inférteis por problemas de saúde, idade e também por outros fatores, como por exemplo, a morte de um dos cônjuges.

A morte de um dos cônjuges inviabiliza a reprodução natural, assim, resta somente à reprodução artificial como apta à reprodução, se o objetivo for à reprodução com o mesmo material do *de cujus* é evidente a necessidade do material já ter sido devidamente recolhido, caso contrário restará à opção da fecundação heteróloga.

O procedimento é viável biologicamente, mas traz vários questionamentos em relação aos aspectos jurídicos, como a permissão ou não dá realização da reprodução *post mortem*, nos casos que ela ocorre se há relação de parentesco entre a criança gerada e o *de cujus*, seu genitor biológico, a situação dos direitos sucessórios, dentre outros nuances.

Na busca pelas respostas aos inúmeros questionamentos que surgem em relação à filiação *post mortem* e seus reflexos, o presente trabalho procede ao estudo dos direitos de personalidade, para definir direitos e obrigações, do princípio da dignidade da pessoa humana, como cláusula geral dos direitos de personalidade, da afetividade como norteadora do direito de família, em especial no direito de filiação e ao melhor interesse da criança.

A filiação é o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, a ênfase se dá no vínculo derivado do afeto, o qual pode ser determinante para o estabelecimento do jurídico. Assim, a análise da doutrina e jurisprudência é indispensável ao estudo do estatuto da filiação, pois o direito de família necessita de especial proteção, afinal, trata-se de matéria que envolve muito mais que aspectos patrimoniais envolvem também os aspectos físicos, psicológicos, afetivos, espirituais.

Sendo assim, a proteção ao concepto deve se dar de modo que seus direitos de personalidade sejam integralmente garantidos, em todos os aspectos, não só o matrimonial, como os direitos sucessórios, mas também o psicológico, ou seja, como a criança se comportará sabendo que é fruto da reprodução assistida *post mortem*, ela reagirá bem ou precisará de acompanhamento psiquiátrico?, poderá haver danos físicos, como problemas com ansiedade, depressão, alcoolismo, uso de drogas?, será um adulto apto a ter um relacionamento afetivo?, como se dará seu estado de espírito no trato com as outras pessoas?.

A garantia à proteção integral dos direitos de personalidade daqueles que provêm das técnicas de reprodução assistida *post mortem* necessitam solucionar estes e outros possíveis questionamentos, por tanto, a análise das peculiaridades de cada caso é imprescindível na busca da proteção integral dos direitos civis da pessoa, pois as reproduções *post mortem* ocorrem, ainda que subsistam regulamentações, os direitos civis são garantias a todas as pessoas, independentemente de aspectos referentes à origem de sua filiação.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS CIVIS NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o marco da constitucionalização dos direitos civis, pois ela foi à propulsora do ideário da consolidação da pessoa em detrimento do patrimônio, para entender como ocorreu tamanha mudança de paradigma é necessário recorrer a História Clássica para entender como o termo pessoa surgiu como se desenvolveu e hodiernamente exerce maior importância em relação a qualquer outro objetivo do ordenamento brasileiro.

A dignidade da pessoa humana que consta esculpida como princípio fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro, art. 1, inc. III, segundo Carlos Mário da Silva Velloso[3], tal princípio é o coração dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, pois "o sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação[4]", ou seja, as normas constitucionais que são o resultado do interesse geral são aquelas que condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito.

Para entender a constitucionalização e o motivo pelo qual, a norma estabelece maior proteção à pessoa em relação ao patrimônio, por isso, torna-se necessário ressalvar a importância de se estudar o que é o Homem, a pessoa humana, em si, para conhecer a realidade do ser, que é objeto da tutela do Direito.

[3]Cf. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa**. In: Constituição cidadã. Coord. Zulmar Fachin. São Paulo: Método, 2008. p. 14.
[4]BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Jus Navigandi,** ano 10, n. 851, 2005.

As doutrinas que estudam a realidade humana, muitas vezes opõem entre si visões diversas do homem, mas elas não rejeitam conhecer a noção de pessoa, por isso, recorrem-se a estipulação do conceito, mesmo que o mesmo não apresente conteúdo ôntico, assim, também não apresenta correta origem etimológica.

Os historiadores remontam o surgimento da palavra à Grécia, ao ambiente teatral, no início se tratava da máscara utilizada pelos atores em cena, depois passou a caracterizar o próprio personagem e foi evoluindo até ser considerado como o próprio indivíduo humano, ressalvando que a Grécia do período clássico possuía diversos ordenamentos jurídicos e que cada cidade-estado apresentava o seu próprio estatuto, mas a noção do direito geral de personalidade surgiu nos séculos IV e III a. C, pela influência da filosofia[5].

Somente em Roma que houve a elaboração da teoria jurídica, com personalidade apenas para aqueles indivíduos que apresentassem três status, o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*[6], consequência do reconhecimento e apreciação do Homem em relação aos outros entes, como possuidor de elevado conjunto de perfeições que o faziam pertencer ao mais elevado ser.

Diogo Costa Gonçalves aduz que o Homem é peça do cosmos, aquele que sacrifica sua individualidade em razão da universalidade, por isso, o conceito de pessoa na antropologia clássica não tem sentido metafísico, mas apresenta o sentido sociopolítico e jurídico[7].

Pelo cristianismo houve a conceituação do termo pessoa pelo conteúdo metafísico, por intermédio da Teologia Cristã, seu conceito se alterou de modo substancial quando se superou a visão monista da realidade, a qual estava subordinada à antropologia antiga. Pode se afirmar pela leitura da Bíblia Sagrada que houve muitas dificuldades em relação às interpretações do

[5] SZANIAWISK, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 24.
[6] Idem, p. 25.
[7] GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Almedina: Coimbra, 2008. p. 24.

mundo da filosofia Greco-latina com a Fé Cristã, a verdade bíblica baseada em suas próprias premissas e milagres, se contrapondo com as ideais dessa filosofia.

Mesmo com as dificuldades em se conciliar o pensamento teológico, pois o mesmo não é especulação filosófica, já que o mesmo faz parte da verdade revelada por inspiração divina, mas não quer dizer que os conceitos da filosofia Greco-latina ficaram inutilizáveis, afinal, as buscas de informações que aproximassem ambas as ideologias se tornou indispensável para aproximar a fé de uma lógica explicada e racionalizada em fundamentos filosóficos.

A Teologia Cristã assim criou o conceito de pessoa, dedicando à palavra relação com as três grandes questões da teologia cristã: "o problema da Santíssima Trindade, o problema da Encarnação do Verbo e problema da semelhança ontológica entre o Homem e Deus[8]". O problema da santíssima trindade estava em relação à explicação que o Pai era Deus, o Filho era Deus, o Espírito Santo também o era, mas existe um só Deus.

Em relação à encarnação do verbo, Jesus Cristo afirmava que possuía a natureza de Homem, também afirmava ser Deus, outra problemática para a Teologia Cristã, pois como seria possível aparentemente existir duas pessoas em Cristo, também a sua semelhança com Deus, pois como explicar que o ser de cada Homem reflete a imagem que é a dimensão ontológica do próprio criador.

Com a explanação pelo cristianismo da noção de pessoa ao Homem, se originou de modo inédito na antropologia, a conceituação do termo pessoa como resposta, não era mais considerada como algo abstrato, pois com o sentido ontológico a Teologia Cristã conseguiu a explicação que lhe era indispensável, pela ligação da imagem e a semelhança do Homem com Deus.

O Homem passa a ser considerado na sua individualidade pela sua significação, agora não o concreto não estava mais em detrimento do universal, a Bíblia em especial no Novo

[8] GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Almedina: Coimbra, 2008. p.24.

Testamento, demonstra a influência sobre a civilização ocidental, pode-se afirmar sem dúvida que o cristianismo exerceu importante papel naquilo que se conhece como dignidade humana, consequência da conceituação semântica de pessoa, a qual encontrou elementos na forma especial ou particular de ser de certa natureza.

A Teologia Cristã por intermédio da igreja deu significado a dignidade da pessoa humana, o que pode ser aclarado pela simbologia da crucificação de Jesus Cristo, que além de reportar a um milagre como a ressurreição, também demonstrou as barbaridades das quais os cristãos eram submetidos para proferir aquilo em que acreditavam.

Mesmo com as importantes mudanças que a Teologia Cristã proporcionou é importante frisar que a igreja também apresenta seus encalces, para ilustrar é importante relembrar que a instituição apoiou a escravidão em diversos períodos em diversas ocasiões esteve em desacordo com o princípio da dignidade humana, como quando, por exemplo, apoiou a escravidão de negros, índios, dentre outros motivos, pelos mesmos não terem alma, como pode ser vislumbrado pelos livros de História.

Há várias maneiras de se analisar o termo pessoa, por exemplo, quando se parte da intrassubjetividade a sua designação ocorre como um estado psíquico, o mesmo que uma situação de consciência reflexiva ou cognitiva do Homem, o qual é o centro da realidade moral, o fim em si mesmo, a subjetividade absoluta.

Em contraponto a subjetividade absoluta com as potencialidades subjetivas que preponderam, o termo pessoa na intersubjetividade urge como tendência a sua dissolução assim, suas potencialidades subjetivas são preponderantes tanto na sua dissolução no coletivo quanto em relação à coletividade.

Na época moderna o termo pessoa era resposta à pergunta “o que é o Homem”, assim, além do desvaziamento de conteúdo ôntico como elemento fundamental das construções morais, jurídicas, psicológicas ou sociológicas, repleto de dimensão valorativa que ninguém sabe o que é, já que derivam de variadas e contraditórias conclusões.

A subjetividade moderna se alicerça na antropologia, nela os sistemas como o existencialismo, o qual apresenta a pessoa como projeto de si, denomina-se que é aquele ente de virtude especial e intensidade do seu ato de ser, que autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão relacional unitiva.

Depois do resumido apanhado geral para se entender a noção de pessoa é importante salientar que com o predomínio do século XIX, em que o cientificismo e a ideologia burguesa vieram a dispensar maior destaque a ordem patrimonial da pessoa do que a pessoa. Os burgueses eram os capitalistas, os comerciantes, os banqueiros, os lojistas, os industriais, os proprietários de terras, dentre outros, resumindo são aqueles que confiavam na ciência, na tecnologia e na razão como fatores de progresso[9].

Ricardo Marcelo Fonseca, por meio do pensamento de Túllio Ascarelli, no século XX, aduz que o "traço típico do direito privado brasileiro estava na vigência ininterrupta, até a codificação de 1916, do velho direito integrado no plano legislativo pelas Ordenações Filipinas de 1603[10]".

O Código Civil brasileiro de 1916, em plena República, pois o Império teve fim em 1889, resultou na intenção da lei de 1823, para que fosse provisória a vigência das ordenações e da legislação portuguesa, salutar ressaltar que a metrópole brasileira em 1822 a sofreu influência liberal do Código Civil Napoleônico de 1804, o que evidência que o Brasil ainda seguia forte influência da antiga legislação herdada.

Resta salientar que a predominância do patrimônio em detrimento da pessoa se funda, principalmente no Brasil, tendo por base o interesse econômico das elites agrárias, sendo que

[9]ANDRADE, Maria Celeste de Moura. **O século XIX**: o mundo burguês, a nova mulher, o contexto histórico do romance Madame Bovary, Ana Karenina, o primo Basílio e Dom Casmuro. Revista Evidência, v. 8, n. 9, 2013, p. 64.
[10]FONSECA, Ricardo Marcelo da. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XXI**. In: GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo da Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.61.

a escravidão africana que foi implantada na colônia pelos portugueses persistiu até 1888, em terras brasileiras, "odiosa forma de redução de uma pessoa à coisa[11]".

O Código Civil de 1916 ainda remonta uma estrutura social agrária, maciçamente rural, patriarcal e predominantemente analfabeta, pois o liberalismo no Brasil era na verdade uma estrutura sociopolítica autoritária e escravista, assunto que o Professor Doutor Luiz Edson Fachin retrata em seu livro Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, também visou garantir um mínimo de patrimônio como forma de garantir a dignidade do indivíduo, afastando assim, o caráter patrimonial das relações jurídicas privadas.

O atual Código Civil brasileiro é resultado da repersonalização, ou seja, a pessoa passa a ser o centro do ordenamento jurídico pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em detrimento do caráter patrimonial que antes vigorava em todo o ordenamento, por isso, "todos os institutos fundamentais do Direito Civil devem atender à dignidade da pessoa, desde a propriedade funcionalizada, passando pelas relações de família até as obrigacionais, aí incluídos o contrato e a responsabilidade civil[12]".

2.2 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Devido aos grandes avanços científicos os casais da atualidade conseguem se reproduzirem, trata-se da autonomia da vontade humana de poder ou não escolher ter filhos, um direito humano, pois o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está previsto no art. 1, inc. III da Constituição Federal garante a realização da pessoa em sua concretude, ou seja, em todos os seus aspectos, físicos, psíquicos, emocionais e espirituais.

A reprodução é a possibilidade da pessoa "construir" uma família, de perpetuar a espécie, por isso, recebe tratamento especial do ordenamento jurídico, como por exemplo, a estipulação do princípio da paternidade responsável, no capítulo VII – Da Família, da

[11]FONSECA, Ricardo Marcelo da. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XXI**. In: GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo da Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 66.
[12]FACHIN, Luiz Edson; PIANOVISK, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**: Uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: << http: www. anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>> Acesso: 8 jun. 2015.

Criança, do Adolescente e do Idoso, do título VIII – Da Ordem Social, art. 226, § 7º[13], da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual se atrela ao planejamento familiar, pois a liberdade de ter filhos mesmo sendo livre pela decisão do casal é ao mesmo tempo condicionada à responsabilidade pelo nascimento, criação e desenvolvimento dos filhos.

A família planejada é aquela em que os filhos nascem e possuem salvaguardados os seus direitos para o regular desenvolvimento da personalidade, que quando não devidamente desenvolvida pode gerar graves consequências, as quais serão tratadas no próximo capítulo. Em relação à célula família, a advogada Doutora Maria Berenice Dias aduz que na atualidade o que existe são famílias[14], não apenas família, pois o conceito se estendeu o que é compreendido pelo conceito de monoparentalidade[15], a qual ocorre tanto por vontade unilateral quanto por fatos alheios à vontade dos pais, como por exemplo, falecimentos.

A liberdade sexual atrelada ao desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida são os fatores preponderantes para as mudanças sociais, afinal, a mulher possui opção de se reproduzir fora do casamento, o que antes não ocorria, pois a procriação era atrelada necessariamente ao matrimônio.

A Constituição Federal de 1988 necessitou proteger as famílias monoparentais, já que as mesmas integram nova realidade jurídica, assim o art. 226, § 4º[16] entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. O texto legal não impede que os filhos das famílias monoparentais possam provir de reproduções humana

[13]Art. 226. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ART.+226%2C+%C2%A7+7%C2%BA+DA+CONSTITUI%C3%87%C3%83O+FEDERALAcesso em:08 jun.2015.

[14]DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias**. Contributo da IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Org. Maria Berenice Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 7.

[15]Segundo Luiz Edson Fachin, "fragmentado está o conceito de paternidade. Não se trata apenas de uma dilaceração conceitual. Cogita-se de um repensar no sentido e do alcance da paternidade em diversas direções. Nasce, pois, a paternidade plural, emergente da crise que sofreu a percepção tradicional da paternidade e da superação do desenho exclusivamente patrimonial sucessório da relação paterno-filial". Cometários ao Novo Código Civil. Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 63.

[16]Disponível em;>http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ART.+226%2C+%C2%A7+4%C2%BA+DA+CONSTITUI%C3%87%C3%83O+FEDERAL<Acesso em 08 jun.2015.

assistida, como a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, transferência intratubária de gametas, transferência intratubária de zigotos, dentre outros.

A fertilização tratada como *post mortem* é aquela que pode ocorrer quando a fecundação acontece após a morte, fora do corpo da mulher, pela união dos gametas masculinos e femininos de modo extracorpóreo, ou pela formação do embrião após a morte do de cujus[17].

Hodiernamente ainda não há lei específica que trate das técnicas de reprodução assistida, pois somente o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, a Lei n. 9.263/1996, o art. 1.597 do Código Civil e a Lei de Biossegurança não regulamentam as técnicas de reprodução assistida.

A tutela da dignidade da pessoa humana é imprescindível, já que o seu intuito é proteger e promover à dignidade da prole, assim como, a solidariedade em seu aspecto material tem de garantir o direito aos alimentos e os direitos da personalidade, os aspectos imateriais ou morais.

Sendo assim, alguns princípios são de extrema importância ao estudo da reprodução assistida, afinal, eles estabelecem proteção especial às relações familiares, como o princípio de igualdade ou isonomia do art. 227, §6 da CF, que impede qualquer diferenciação entre filhos biológicos e não biológicos[18], entre os havidos ou não fora do casamento, diferenciações que refletiam os preconceitos legalizados por meio do Código Civil de 1916.

O princípio do livre planejamento familiar, da paternidade responsável, da exclusividade, o qual não admite famílias paralelas ou simultâneas, o princípio da comunhão plena de vida, o qual é baseado na afeição entre cônjuges e conviventes, tal princípio prioriza

[17]RICCE, Milena Mara da Silva. **Filiação e fertilização "post mortem":** Uma abordagem ético-jurídica. Tese mestrado. Orientador Cleber Sanfelici Otero, 2012. p. 67.

[18]Segundo Luiz Edson Fachin, "os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, havidos ou não da relação de casamento, proclamou o parágrafo 6 do art. 227 da Constituição de 1988. Em matéria de filiação, inaugura-se uma disciplina jurídica densa, elástica, profunda e ampla. Este foi um dos capítulos do parentesco mais afetados pela Constituição de 1988, que fez desaparecer a ligação entre casamento e legitimidade e assim também as antigas categorias de filhos". Elementos críticos ao direito de família: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 201.

todo o tipo de convivência familiar, não importa se é ela decorrente do matrimônio, do companheirismo, da família sócio afetiva ou da família substituta.

O princípio da liberdade de constituição e comunhão da vida familiar é o direito a livre administração e aquisição do patrimônio familiar, o direito a aquisição ao regime de bens mais conveniente e a proteção educacional, cultural e religiosa aos demais integrantes da comunidade familiar.

A proteção à prole também está inserida no art. 227 da República Federativa do Brasil, que assegura a todas as crianças, assim, a proteção se estende aquelas que também são frutos da reprodução assistida e, também ao adolescente, pois se trata da fase de desenvolvimento da vida infantil para a adulta, que devido à vulnerabilidade da mesma recebe especial proteção, já que o dispositivo visa proteger o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, ou seja, visa o princípio da proteção integral, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de garantir e efetivar estes direitos.

3 ORIGEM DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O desenvolver das técnicas de reprodução ocorreram por intermédio da criação da Engenharia Genética, o pai da Engenharia Genética é Gregor Mendel (1865), sua origem remonta os estudos de Oswald Avery, McLead e Mc Carty descobriram em 1944, o ácido desoxirribonucleico (DNA) que é o componente cromossômico que transmite as informações genéticas[19].

Em 1953, Francis Crick e James Watson mapearam pela primeira vez a estrutura da molécula do DNA, com isso, eles averiguaram que a estrutura do DNA é dupla em hélice, já em 1961 os franceses François Jacob e Jacques Monod concluíram que o principal

[19]BARTH, Wilmar Luiz. **Engenharia genética e bioética**. Revista Eletrônica PUC/RS. v. 35. n. 149. Set. 2005. p. 361-391.

responsável pela síntese é o DNA, assim eles decifraram os mecanismos de regulação gênica[20].

A ligação de duas cadeias de DNA, no ano de 1972, por David Jackson, R.H. Symons e P. Berg, uma de origem bacteriana e outra animal, proporcionou o início da utilização de produtos sintéticos na engenharia genética. A partir das técnicas enumeradas acima surgiu à possibilidade da intervenção na reprodução humana, com a produção de DNA recombinante.

Dessas técnicas surgiram proles que não recebiam a devida proteção pelo ordenamento, advindas da reprodução assistida homóloga, aquela em que os gametas são dos próprios usuários e/ou heteróloga que deriva da implantação de gametas que não serão do cônjuge.

A utilização das técnicas de reprodução assistida é permitida no Brasil, tal previsão está no § 7º do art. 226 da Constituição Federal e na Lei n. 9.263/1996, desde que haja o respeito aos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.

Para a maior proteção e segurança jurídica o legislador também criou o art. 1.597 do Código Civil e a Lei de Biossegurança, a qual disciplina o destino dos embriões excedentários e proíbe a clonagem humana. Os usos das técnicas se condicionam a legalidade, o papel que desempenham é o de propiciar a um casal estéril a possibilidade de ter filhos biológicos, assim como, afastar doenças congênitas.

Quando não se há permissão ou autorização para o emprego das técnicas de reprodução, as técnicas poderão causar vulnerabilidade à prole devido aos danos à integridade física e psíquica da criança, o que consequentemente desencadeará responsabilidade civil e a penal de todos os que estiverem envolvidos no processo, ou seja, os profissionais da área médica e os pais.

4 A REPRODUÇÃO POST MORTEM E O DIREITO BRASILEIRO

[20] **Técnicas de biologia molecular e clonagem**. W. Educacional. Brasília: Distrito Federal. p. 16.

Hodiernamente, os conflitos que envolvem filiação biológica e a filiação socioafetiva, têm-se pautado na relativização das origens biológicas ou socioafetivas, diferentemente do que a tradição do Direito Civil assegurava, que e era a preponderância da filiação biológica, o afeto tem desempenhado fator determinante no reconhecimento da filiação.

A verdade biológica se tornou a verdade real, a qual se contrapõe ao tradicionalismo empregado pela concepção da família patriarcal e matrimonializada, ou seja, o Código Civil brasileiro de 1916 considerava legítimo o filho biológico, aquele que era nascido de pais unidos pelo matrimônio e ilegítimo os demais, o que culminou com a Constituição da República brasileira de 1988.

A Constituição da República de 1988, assegurou a adoção da igualdade entre os filhos havidos ou não fora do matrimônio, não há mais a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, também estabeleceu que os cônjuges desempenham idêntica função no exercício da chefia conjugal, o que acabou com *o pátria potestas*, o poder familiar exercido pelo marido.

O estado de filiação resulta de qualquer natureza, não é necessariamente o de origem biológica, na realidade se trata do estado no qual cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, mesmo que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos[21].

A Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20.11.1989, com força de lei no Brasil mediante o Decreto Legislativo n. 28, de 24.09.1990, o Decreto Executivo n. 99.710, de 21.11.1990, a aplicação do princípio do melhor interesse do filho, o que representa a consecução da primazia dos interesses dos filhos frente aos dos pais[22].

No Direito brasileiro a filiação tem por fundamento o art. 227 da Constituição e nos artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, que aduz a filiação biológica em face de ambos

[21]LOBO, Paulo Luiz Netto. Revista jurídica 316. Conferência proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte, no dia 25.09.2003. Fevereiro de 2004. Doutrina Cível. p. 20.
[22] Idem, p. 21.

os pais, havida de relação de casamento ou da união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental, filiação não biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular, ou em face de pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho e filiação não biológica em face do pai que autorizou, a inseminação artificial heteróloga.

Em relação a tais artigos a convivência familiar e a afetividade são presumidas, mesmo que na realidade não ocorram, ressalvando que em qualquer hipótese o estado de filiação pode ser substituído, onde a filiação não biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho e da filiação não biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga são irreversíveis e invioláveis, pois apresentam como fundamento a origem biológica, mas que poderá ser objeto de ação na tutela dos direitos de personalidade.

A inseminação artificial heteróloga está prevista no art. 1.597, inc. V, do Código Civil, a mesma ocorre por intermédio da utilização do sêmen de outro homem, a qual é realizada com o material genético de outro homem, a lei exige que haja autorização escrita, mesmo que verbal, desde que comprovada.

Pela autorização e consequente tutela da inseminação artificial heteróloga é nítido que a natureza socioafetiva da filiação, assim, com a devida autorização do marido, o mesmo fica impedido da negatória de paternidade nem investigatória, quando se tratar de doadores anônimos.

A posse do estado de filho era admitida pelo Código Civil de 1916 quando eram necessários os meios probatórios e o suprimento do registro civil[23], desde que em decorrência da convivência familiar constituída pelo casamento, também a união estável e a família monoparental podem servir para fundamentá-lo. O nome, tratado e fama faz parte da visão tradicional do instituto, que busca por meio desses fatores o estabelecimento da presunção do

[23] LOBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 23.

vínculo da filiação, mas que na atualidade se demonstra a não necessidade do cumprimento dos três elementos, os quais são importantes, porém não determinantes[24].

Algumas legislações[25] afastaram o tratamento discriminatório no Direito de Família, como por exemplo, o Decreto-Lei 3.200/41, o qual determina a não menção, nas certidões de registro civil, da filiação ilegítima, o Decreto-lei 4.737/42, o filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio podia, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar fosse declarada sua filiação, Lei 883/49, que permitiu que qualquer dos cônjuges, dissolvida à sociedade conjugal, reconhecesse o filho havido fora do casamento, e ao filho ação para que se lhe declarasse a filiação.

A Lei 6.515/77 permitiu o reconhecimento ainda na constância do casamento, desde que em testamento cerrado, Lei 7.250/84, que facultou o reconhecimento de filho adulterino, se o pai estivesse separado de fato de seu cônjuge por período superior a cinco anos e a Lei 7.841/89, se permite o reconhecimento dos filhos espúrios, devido ao surgimento da Constituição Federal de 1988, a qual eliminou o tratamento discriminatório entre os filhos.

O Direito brasileiro ainda não regulamentou a filiação post mortem, que significa após a morte[26]mas ela faz parte de uma nova realidade, assim, há doutrinadores que admitem a sucessão e legitimação da filiação post mortem, aqueles que não admitem e aqueles que admitem desde que deixada por testamento ou admitindo sua possibilidade estipulam prazos contando com a morte do de *cujus*, por segurança jurídica.

Em se tratando dos doutrinadores, tem-se o posicionamento da doutrinadora Maria Helena Diniz que é terminantemente contra a estipulação de direitos sucessórios à filiação *post mortem*, do doutrinador Paulo Lobo, o qual na mesma linha defende a impossibilidade de legitimação por estar o titular da herança já falecido, admitindo exceção no caso de testamento deixado pelo falecido, alguns doutrinadores como Eduardo de Oliveira Leite ainda

[24]MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Crítica jurídica**. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. v. 24Curitiba: Unibrasil, 2005. p. 175.
[25] Idem, p. 156
[26]CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem**. Revista de ciências jurídicas da UEM. V. 7. N. 1. Jan./jun. 2009. p. 127.

defendem os direitos sucessórios, desde que no prazo de dois anos, outros por sua vez admitem a estipulação do prazo de acordo com a Lei de Biossegurança, a qual estipula o prazo de 3 anos para o destino dos embriões crio preservados[27].

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O núcleo familiar acompanha as mudanças ocasionadas no Direito de Família, o qual "caminha" com a sociedade, por isso, o ordenamento jurídico sempre necessita de adaptações, como demonstrou o Código Civil Brasileiro de 2002, ao colocar em igualdade os filhos havidos ou não das relações matrimoniais, pois a discriminação não mais pertence ao novo Direito Civil que é fruto da repersonalização, ou seja, da pessoa como fundamento do ordenamento jurídico, não mais o patrimônio, como ocorreu Pela preponderância do antigo Código Civil até 1916.

Em relação à adoção, a necessidade de tratamento igual entre os filhos havidos ou não por critérios biológicos é de extrema importância, pois demonstra que o Direito Civil pelo princípio da proteção integral a criança, estipula que os casais necessitam desempenhar devidamente suas funções na criação, conservação física e psicológica do menor ou adolescente, assim, ao evitar as discriminações em relação ao tratamento entre os filhos, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, protegem os direitos de filiação e de personalidade daqueles que estão em situação de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é também evidente nas complicações derivadas da concepção e posterior desistência dos genitores em assumir um bebê programado, que são geneticamente escolhidos para assumir alguma finalidade, como por exemplo, doadores de medula óssea, o que gera inúmeros danos, como a falta de proteção de seus direitos civis, mas se o embrião não foi ainda implantado no útero ele poderá ser doado a outro casal ou utilizado para pesquisa.

[27]SOARES, Carolina Ferreira. **Reprodução humana assistida post mortem e seus efeitos sucessórios**. Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. Trabalho de conclusão de curso. 2014. p. 42.

As reproduções assistidas são resultado das inovações científicas, que atuam como auxilio aqueles que não podem de modo natural conceber filhos, mas hodiernamente ela também é utilizada em muitas situações, como acima narrado, os casos de bebês programados, como também nos casos que envolvam a filiação *post mortem.*

A filiação *post mortem* é tema controvertido, sabe-se que o conselho federal de medicina por meio da resolução n° 1.957/2010, estabeleceu que no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões crio preservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Mesmo prevendo alguns casos de conflito e a solução da destinação por escrito, ainda não é o suficiente visto que não há lei específica que discipline a RA.

A declaração de consentimento informado deve ser expressa sem rasuras, de forma consciente, ou seja, livre de qualquer vício, ela também deve atentar para as implicações e para os efeitos geradores da opção pela filiação *post mortem,* mesmo com a omissão do Código Civil de 2002, o qual não autorizou de forma expressa a necessidade de autorização do marido, companheiro para a utilização do material genético após a sua morte, como também se omitiu em relação ao possível falecimento da esposa ou companheira.

Assim, pela complexidade do tema filiação *post mortem*, torna-se necessário que haja para o procedimento de contratado de depósito de material genético a manifestação expressa em relação à principalmente a sua ausência ou incapacidade, para questões que reportem os direitos dos filhos em relação à herança, como aos demais direitos.

Mesmo o enunciado 106 da Jornada de Direito Civil exigir que o consentimento seja expresso, algumas decisões demonstram que pela peculiaridade dos casos, mesmo com a ausência de documento escrito, o testemunho de familiares podem substituir o termo por escrito, mas é indubitável que mesmo que a criança nasça sem amparo do documento, não se pode deixar de proteger seus direitos civis, pois a Constituição de 1988 veda o tratamento discriminatório dos filhos.

Não importa se a sucessão é legítima ou testamentária, mesmo com a divergência de entendimento da doutrina, como por exemplo, o posicionamento da doutora Maria Helena Diniz que é terminantemente contra a estipulação de direitos sucessórios à *filiação post mortem*, Paulo Lobo na mesma linha defende a impossibilidade de legitimação por estar o titular da herança já falecido, a exceção se opera no caso de testamento deixado pelo falecido, alguns doutrinadores como Eduardo de Oliveira Leite defendem os direitos sucessórios, desde que no prazo de dois anos, ou seja, para quem defende tal posicionamento é necessário que a morte e a utilização da técnica ocorram em determinado prazo.

Em relação às leituras sobre o tema no Código Civil e a omissão em relação à regulamentação da filiação *post mortem*, mesmo diante da permissão expressa do código de uso da reprodução assistida daquele titular já falecido, se faz necessário afirmar que mesmo o material genético não sendo do falecido marido, ou não havendo autorização expressa quando decorre de reprodução com material genético de outrem, não se pode tratar de maneira discriminatória os filhos, pois a Constituição Federal garante sem óbices de qualquer situação casuística, a igualdade entre os filhos no artigo 227, §6º:

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Celeste de Moura. **O século XIX:** o mundo burguês, a nova mulher, o contexto histórico do romance Madame Bovary, Ana Karenina, o primo Basílio e Dom Casmurro. Revista Evidência, v. 8, n. 9, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Jus Navigandi,** ano 10, n. 851, 2005.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem.** Revista de ciências jurídicas da UEM. v. 7. n. 1. Jan./jun. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Direito das famílias.** Contributo da IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Org. Maria Berenice Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Direito de família. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil.** Do Direito de Família, do Direito Pessoal, das Relações de Parentesco. v. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Elementos críticos do Direito de Família. Curso de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Paternidade e Ascendência Genética.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.). **Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. FACHIN, Luiz Edson; PIANOVISK, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo:** Uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: << http: www. anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>> Acesso: 8 jun. 2015.

_____, Rosana. Da filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice. (coords.) **Direito de Família e o novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONSECA, Ricardo Marceo da. **A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XXI.** In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios.** Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo da Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade:** fundamentação ontológica da tutela. Almedina: Coimbra, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A paternidade socioafetiva e a real.** Revista CEJ. Brasília, n. 34, jul./set. 2006.

_____. **Constitucionalização do Direito Civil.** In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Leituras complementares de Direito Civil: o Direito Civil-Constitucional em concreto.** Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. Revista CEJ**.** Brasília**,** v. 8, n. 27, out./dez. 2004.

_____. Revista jurídica 316. **Conferência proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**, em Belo Horizonte, no dia 25.09.2003. Fevereiro de 2004. Doutrina Cível.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Crítica Jurídica.** Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. v. 24. Curitiba: Unibrasil, 2005.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói:** o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.vol. V.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RICCE, Milena Mara da Silva. **Filiação e fertilização "post mortem":** Uma abordagem ético-jurídica. Tese mestrado. Orientador Cleber Sanfelici Otero, 2012.

SOARES, Carolina Ferreira. **Reprodução humana assistida post mortem e seus efeitos sucessórios.** Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. Trabalho de conclusão de curso. 2014.

SZANIAWISK, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa.** In: **Constituição cidadã.** Coord. Zulmar Fachin. São Paulo: Método, 2008. p. 14.