

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
CURSO DE DIREITO**

**JEISSIANY BATISTA MAIA**

**ASPECTOS POLÊMICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E  
SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À FILIAÇÃO: Da Ponderação do Direito à  
Maternidade *Versus* o Direito à Paternidade**

**NATAL/RN  
2019**

**JEISSIANY BATISTA MAIA**

**ASPECTOS POLÊMICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E  
SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À FILIAÇÃO: Da Ponderação do Direito à  
Maternidade *Versus* o Direito à Paternidade**

Monografia apresentada à Universidade do  
Estado do Rio Grande do Norte – UERN –  
como requisito obrigatório para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Aurélia Carla  
Queiroga da Silva.

**NATAL/RN**

**2019**

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

**Catálogo da Publicação na Fonte.**  
**Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

B333a Batista Maia, Jeissiany  
ASPECTOS POLÊMICOS DA INSEMINAÇÃO  
ARTIFICIAL POST MORTEM E SUAS IMPLICAÇÕES  
QUANTO À FILIAÇÃO: Da Ponderação do Direito à  
Maternidade Versus o Direito à Paternidade. / Jeissiany  
Batista Maia. - Natal, 2019.  
73p.

Orientador(a): Profa. M<sup>a</sup>. Aurélio Carla Queiroga da  
Silva.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do  
Estado do Rio Grande do Norte.

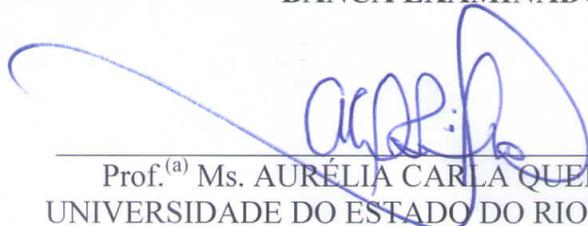
1. Direito. 2. Inseminação Artificial. 3. Reprodução Post  
Mortem. 4. Maternidade. 5. Dignidade Humana. I.  
Queiroga da Silva, Aurélio Carla. II. Universidade do  
Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

**JEISSIANY BATISTA MAIA**

**ASPECTOS POLÊMICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E  
SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À FILIAÇÃO: Da Ponderação do Direito à  
Maternidade *Versus* o Direito à Paternidade**

Monografia apresentada à Universidade do  
Estado do Rio Grande do Norte como um  
dos pré-requisitos para obtenção do grau  
de bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA:**



Prof.<sup>(a)</sup> Ms. AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
Orientadora



Prof.<sup>(a)</sup> Esp. FLAVIANNE FAGUNDES DA COSTA  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
Membro 1



Prof. Ms. PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE  
Membro 2

Data da Aprovação 11 de outubro de 2019.

Aos meus avós, Francisco José Batista (Chiquinho Bernardino), de quem herdei o amor pelos estudos, pela leitura e pelos animais, exemplo de bondade, honestidade e humildade no qual me espelho e Isabel Maria Batista (Dona Belita) fonte inesgotável de amor e cuidado, um pedaço do céu aqui na terra, ambos *in memoriam*, onde estiverem, felizes por mim.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, mestre dos mestres, por ter sido meu sustento nos dias de tempestade, por ter me mostrado luz em meio à escuridão, por ter permitido a realização desse e de tantos outros sonhos, pelo seu amor incondicional a mim. Que essa e todas as minhas conquistas sejam sempre pra Tua honra e glória.

À minha mãe, pelo amor, cuidado e compreensão que sempre teve para comigo, pelo incentivo e apoio que dá aos meus sonhos, pelas abdições que fez para que isso fosse possível, pelas guerras que travou, pelas dificuldades que enfrentou, pelas lágrimas que derramou. Que meu agradecimento seja para ti o orgulho desse momento. Agradeço também carinhosamente à minha irmã, quem primeiro me alfabetizou, quem comigo dividiu as melhores fases da vida, por ter me aconselhado e guiado pelo caminho da fé e perseverança.

Ao meu companheiro de vida, de conquistas e esperança, por cada palavra de afeto, por toda manifestação de carinho, por acreditar em mim, pelo incentivo ao longo dessa caminhada, por ser ombro amigo nos dias ruins, por dividir cada expectativa, por vibrar em cada vitória, pela preocupação, pelos conselhos e por sempre me estimular a ir além.

Agradeço ainda aos meus professores, todos os que tive ao longo da minha vida estudantil e que contribuíram sobremaneira para minha evolução enquanto cidadã e ser humano. Aos queridos professores da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, àqueles que construíram o ensino jurídico em bases sólidas, com respeito à democracia, a liberdade de pensamento e a dignidade humana. Agradeço de maneira, ainda mais, especial à minha orientadora, por ter sido ao longo desses cinco anos de curso mais que uma professora, foi antes de tudo uma entusiasta de pessoas, uma alçadora de voos, obrigada por ter despertado em mim a curiosidade pela pesquisa, a alegria da escrita, a sutileza da docência e a paixão pelo Direito Civil e de Família.

Aos meus amigos de infância, pela infinita compreensão e suporte emocional, por estarem sempre presentes mesmo diante da distância geográfica. Aos amigos que conquistei durante o curso, que me acolheram com tanto entusiasmo, que dividiram comigo toda a ansiedade desse percurso e que agora celebram junto comigo a felicidade desse momento. Aos companheiros do movimento estudantil, (CA, DA e DCE) pessoas que me permitiram fortalecer a busca pelo bom e pelo justo do mundo.

Minha mais profunda e sincera GRATIDÃO a todos!

Não seria possível obrigar diretamente uma mulher a parir: tudo o que se pode fazer é encerrá-la dentro de situações em que a maternidade é a única saída; [...]

Reivindicar para ela todos os direitos, todas as possibilidades do ser humano em geral, não significa que se deva deixar de enxergar sua situação singular. E para conhecê-la é preciso ir além do materialismo histórico que só vê no homem e na mulher entidades econômicas.

Simone de Beauvoir, *O Segundo Sexo*  
(1949).

## RESUMO

A evolução genética e biomédica, com uma gama de inovações no âmbito da reprodução humana, possibilita que casais com problemas de infertilidade venham a ter filhos, gerados no próprio útero materno ou fora dele, ou, ainda, que essa fecundação se dê com os gametas dos pais e mães, mas que a gestação ocorra em outra barriga, ou que ela se dê após a morte do genitor. Nesse diapasão, não é raro encontrar situações em que o legislador não prevê, claramente, as regras aplicáveis diante do caso concreto. Embora haja previsão legal da reprodução assistida post mortem no Código Civil de 2002 (art. 1.597), reverbera-se de modo insuficiente, uma vez que não a regula, nem a autoriza, apenas dispõe sobre sua possibilidade, não havendo normas taxativas capazes de pautar eticamente tal prática. Buscou-se, através do método dialético e dedutivo, com suporte em coleta de dados em pesquisa de campo, compreender as novas tipologias de famílias em ebulição no Brasil, visando depurar, em detalhes, quais os efeitos advindos da filiação póstuma, cujo reconhecimento não deve conflitar com a proteção integral da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. Constatou-se que, a partir da interdisciplinaridade entre o Direito e outros saberes (Medicina, Biologia, Genética, Sociologia, dentre outros.) é possível o aprimoramento do aparato jurídico, no sentido mais ético e humanizante, que tutela o respeito à vida e às livres escolhas das pessoas, que procuram exercer seus direitos reprodutivos. Entende-se que apesar da parca normatização da reprodução post mortem, no Brasil, tal instituto suscita uma verdadeira conquista dos direitos femininos e se coloca em prol da felicidade humana, não podendo ser negada àqueles que a buscam. A adequada interpretação dos princípios constitucionais avoca-se como a chave de compreensão de todo o ordenamento jurídico. Nesta senda, oportunizar condições para a aplicação das técnicas de reprodução humana medicamente assistida *post mortem* é uma atitude de vanguarda, amparada pela supremacia constitucional, que implica consequências relevantes em vários aspectos do “existir humano”, perante à sociedade, tais como: filiação, poder familiar, direitos patrimoniais, sucessórios, etc. É, portanto, função do jurista enfrentar a complexidade que circunda o assunto, aperfeiçoando o instituto enquanto instrumento de promoção da vida digna.

**Palavras-chave:** Inseminação Artificial. Reprodução *Post Mortem*. Maternidade. Dignidade Humana.

## ABSTRACT

Genetic and biomedical evolution, with a range of innovations in the field of human reproduction, make it possible for couples with infertility problems to have children, whether they are born in or out of the mother womb or that fertilization occurs with gametes of the fathers and mothers, and the pregnancy occurs in another belly, or that it occurs after the death of the parent. Within this range, it is not uncommon to find situations in which the legislature does not clearly foresee the applicable rules in the particular case. Although there is legal provision for post mortem assisted reproduction in the Civil Code of 2002 (art. 1.597), it is insufficiently reverberated, since it does not regulate or authorize it, only provides for its possibility, and there are no absolute rules capable of ethically guide such practice. Through the dialectical and deductive method, supported by data collection in field research, we sought to understand the new typologies of emerging families in Brazil, aiming to clarify, in detail, the effects of posthumous affiliation, whose recognition cannot conflict with the full protection of children and adolescents in the Brazilian legal system. It was found that, from the interdisciplinarity between the Law and other areas (Medicine, Biology, Genetics, Sociology, among others.) It is possible to improve the legal apparatus, in the most ethical and humanizing sense, which protects respect for life and the free choices of people who seek to exercise their reproductive rights. It is understood that despite the poor regulation of post mortem reproduction, in Brazil, such an institute promotes a true achievement of women's rights and stands for human happiness, and cannot be denied to those who seek it. Proper interpretation of constitutional principles is the key to understanding the entire legal system. In this context, providing conditions for the application of medically assisted post mortem human reproduction techniques is a vanguard attitude, supported by constitutional supremacy, which implies relevant consequences in various aspects of the "human existence" before society, such as: filiation, family power, property rights, inheritance etc. It is, therefore, the role of the jurist to face the complexity that surrounds the subject, perfecting the institute as an instrument to promote a dignified life.

**Keywords:** Artificial Insemination. Post Mortem Reproduction. Maternity. Human dignity.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 DA RUPTURA DE PARADIGMA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA FILIAL</b>	
2.1 NOVOS ARRANJOS FAMILIARES E PARENTESCO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	15
2.2 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE: HIPÓTESES E REGULAÇÃO NORMATIVA.....	18
<b>3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA, AINDA QUE FALECIDO O MARIDO</b>	
3.1 QUESTÕES CONTROVERSAS E IMPLICAÇÕES LEGAIS DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA NO DIREITO DE FAMÍLIA E NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA.....	23
3.2 DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL E EFEITOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA NO BRASIL.....	30
<b>4 DIREITO À MATERNIDADE <i>VERSUS</i> DIREITO À PATERNIDADE: COLISÃO DE DIREITOS E CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA</b>	
4.1 EMPODERAMENTO FEMININO, LIBERDADE E DIREITOS REPRODUTIVOS.....	36
4.2 IDENTIDADE DA CRIANÇA, CONVÍVIO COM O PAI E DEMAIS PARENTES.....	42
4.2.1 Do Registro de Nascimento na Reprodução Artificial e o Provimento nº 52/2016.....	45
4.2.2 Do Direito à Verdade Biológica e à Convivência com ambos os Pais.....	47

<b>4.2.3 Da Busca pelo Melhor Interesse da Criança em face da Colisão de Direitos.....</b>	<b>53</b>
<b>4.3 DA APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA BUSCA PELA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>55</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>64</b>
<b>APÊNDICES.....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução social possibilitou o surgimento de novas formas de arranjos familiares endossadas a partir de uma necessidade de estruturação da família que se compunha de modos cada vez mais diversificados. Adoção, famílias homo afetivas, pluriparental, monoparental, são apenas alguns exemplos mencionados para ilustrar o quadro diversificado pelo qual passou a entidade tida como base da sociedade com ampla proteção e visibilidade constitucional.

Além desse avanço social, responsável por legitimar e enquadrar os novos tipos de famílias, a inovação tecnológica e científica transformou o modo como ela se constitui. O que antes somente seria possível de realizar através do substrato natural, ou seja, constituir uma família no seio matrimonial, com filhos advindos de gravidez natural, de células oriundas dos respectivos cônjuges ou homem e mulher que mantiveram uma relação sexual, em um ventre que seria aquele de quem se originou o óvulo, se fertilizou e se implantou no útero, é hoje abalizado pelos procedimentos de reprodução assistida, ou simplesmente RA.

A Reprodução Humana Assistida é um assunto emblemático e amplamente discutido pela sociedade, uma vez que abrange conceitos e questões que, de fato, refletem na sociedade como um todo. Neste tema, podem-se discutir questões sobre a origem do feto, utilização de células tronco-embrionárias, o pagamento nos casos de cessão temporária de útero, o direito à filiação, bem como o direito à sucessão *post mortem*.

Paternidade, maternidade e filiação, nesse contexto, adquiriram maior complexidade. Indubitável que esses avanços técnico-científicos-sociais acarretassem problemáticas no mundo jurídico, e é o que ocorre quando surge na mulher a vontade de ter um filho do seu marido, companheiro ou namorado depois que este vem a falecer.

Nesta senda, a chamada reprodução homóloga assistida *post mortem* ganha relevância quando se torna possível crioconservar o sêmen de um homem para fertilizar uma mulher após sua morte, gerando uma imensa gama de discussões de ordem jurídica, médica, ética, moral e psicológica, não só por que o que se discute é o *animus* de se ter um filho, como também os direitos relacionados à criança vindoura.

O constituinte de 1988 menciona no artigo 226 que a família merece especial proteção do Estado, e preconiza que o planejamento familiar pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável são de livre decisão do casal, devendo ser ofertados os recursos científicos para o exercício desse direito, deixando clara

a ideia permissiva de utilização dos meios artificiais de reprodução humana.

O que surge nesse âmbito de discussão jurídica é como se operará os efeitos da inseminação *post mortem*, e como serão tratadas as hipóteses não abarcadas pelo legislador constituinte e ordinário, uma vez que a utilização desse método não é proibido pelo ordenamento jurídico pátrio, porém carece de legislação específica que o discipline.

Não há, portanto, soluções necessárias capazes de dirimir as questões judiciais que surgem, o que justifica a presente pesquisa, uma vez que o direito, muitas vezes, e como é o caso, não acompanha a evolução das questões sociais no campo da ciência reprodutiva, especialmente quando se trata de reprodução *post mortem*. Desse modo, a importância jurídica do presente trabalho é evidente, haja vista a ideia de que o Direito deve acompanhar de modo mais pleno possível as transformações sociais.

Além das inquirições de ordem técnica, as recentes pesquisas sobre o tema envolvem em sua maioria o aspecto prático da aplicação normativa, principalmente na seara sucessória e os aspectos legislativos omissos sobre a problemática. Por sua vez, o que se pretende com o estudo é um viés dogmático e principiológico sobre o tema, pautado sempre em uma análise da aplicabilidade das leis brasileiras e seus efeitos no caso concreto.

Outrossim, percebe-se que é demasiado necessário inovar o conhecimento sobre a temática a partir de vieses diferentes e com distintos pontos de vista, perfazendo-se nesse sentido a relevância do tema. A partir disso, a análise acerca da possibilidade e dos efeitos decorrentes de eventual utilização das técnicas de reprodução assistida póstuma possui grande importância, máxime quando este assunto vem batendo à porta cada vez mais dotada de inovações e questionamentos.

O estudo proposto busca tecer, através do emprego dos métodos dialético e dedutivo, com suporte em coleta de dados de pesquisa de campo, uma análise sobre os aspectos da inseminação artificial homóloga *post mortem* e suas implicações no que tange à filiação abordando os aspectos do direito à maternidade e paternidade como fio condutor da problemática. Para tanto, utilizar-se-á também, o estudo na doutrina e legislação pátria vigente, o exame ao repertório jurisprudencial em baila no ordenamento brasileiro e, ainda, leituras em artigos, periódicos, revistas on line, etc. Almeja-se, também, a interdisciplinaridade, de forma que recorrer-se-á a análise de documentos úteis a compreensão da problemática em seu viés médico, genético, histórico e sociológico.

O estudo proposto busca tecer uma análise sobre os aspectos da inseminação artificial homóloga *post mortem* e suas implicações no que tange à filiação abordando os

aspectos do direito à maternidade e paternidade como fio condutor da problemática.

Inicialmente a pesquisa tratará do conceito de filiação proposto pelas novas teorias do Direito de Família e como ele se relaciona com a composição dos novos arranjos familiares e de parentesco propostos no Código Civil. Além disso, cuidará de tecer alguns comentários sobre os dispositivos normativos do ordenamento jurídico brasileiro que cuidam do reconhecimento e da proteção legal desses novos modelos de famílias. Abordará também como se desenvolve a presunção de paternidade no código civilista e as modificações trazidas por ele no que diz respeito à isonomia filial e as hipóteses de regulação normativa.

Em seguida, apresentar-se-á um paralelo normativo entre a norma positiva e as decisões jurisprudenciais, bem como os efeitos práticos de uma e outra acerca da paternidade na inseminação póstuma, bem como as implicações desta no direito sucessório, e os efeitos jurídicos no ordenamento brasileiro.

Por último, versará sobre a colisão de direitos que permeia a questão, tais como o direito à maternidade, o direito reprodutivo, o direito à verdade biológica e ao melhor interesse da criança, arrematados pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana como ultimato para a busca da solução conflituosa através da ponderação e aplicação da norma mais razoável, justa e equânime ao caso concreto.

A pesquisa se faz pertinente por que as recentes pesquisas sobre o tema envolvem, em sua maioria, o aspecto prático da aplicação normativa, principalmente na seara sucessória e os aspectos legislativos omissos sobre a problemática, portanto, é demasiado necessário inovar o conhecimento sobre a temática a partir de vieses diferentes e com distintos pontos de vista, perfazendo-se nesse sentido a relevância do tema. A partir disso, a análise acerca da possibilidade e dos efeitos decorrentes de eventual utilização das técnicas de reprodução assistida póstuma possui importância que merece ser objeto deste estudo, máxime quando este assunto vem batendo à porta, cada vez mais dotado de inovações e questionamentos.

## 2 DA RUPTURA DE PARADIGMA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA FILIAL

A origem etimológica da palavra filiação deriva do latim *filiatio*, que conceitua a relação de parentesco advindo da relação entre duas pessoas que concebem a vida a um outro, ou seja, a relação entre pai, mãe e filho. Desse modo, a filiação é pautada na intenção de procriação, através da qual se evidencia o estado de filho, ao mesmo tempo em que se evidencia a titularidade dos estados de paternidade e maternidade ao pai e a mãe. É nesse sentido que afirma Paulo Lôbo<sup>1</sup>:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados.

O Código Civil de 1916 adotou dois princípios que vigoraram por muito tempo na sociedade e no meio jurídico, o “*mater semper certa est*” e “*pater is est quem justae nuptiae demonstrat*”, o primeiro refere-se ao estado de filiação materno e diz que esta é sempre certa, comprovada através do parto não podendo ser questionada, enquanto o segundo refere-se ao estado de filiação paterno, baseado no instituto do casamento, ou seja, o pai de uma criança será sempre o marido da sua mãe. Nesse sentido, aduz Venosa<sup>2</sup>:

O Código de 1916 adotara o sempre repetido princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Presume o antigo legislador que o filho de mulher casada foi concebido pelo marido. A presunção, fundamentada no que usualmente ocorre, possuía um embasamento cultural e social, em prol da estabilidade da família, uma vez que impedia que se atribuísse prole adulterina à mulher casada. A maternidade comprova-se pelo parto, erigindo o sistema em crime quem alegar parto suposto (arts. 241 e 242 do Código Penal). Daí a regra tradicional mantida pelo vigente Código no sentido de que “não basta a confissão materna para excluir a paternidade” (art. 1.602).

Porém, com a nova ordem constitucional que rompeu com os paradigmas filiais até então existentes e essencialmente pela difusão dos usos da reprodução assistida, esses princípios deixaram de prevalecer. É nesse sentido que se passa a analisar o conceito de estado de filiação com base em critérios biológicos, registrais e afetivos.

A paternidade biológica decorre da união entre os gametas masculinos e femininos que daria origem a um indivíduo geneticamente diferente dos seus genitores mas, com carga genética semelhante e com o mesmo vínculo sanguíneo. Esse tipo de filiação serviu

<sup>1</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em 03 de junho de 2019.

<sup>2</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 242.

como escopo para proteção da família patriarcal e matrimonializada e foi fator de exclusão do acesso a direitos de filhos concebidos fora do âmbito dessa relação, os chamados filhos ilegítimos.

Contudo, a legislação brasileira com o advento da Constituição de 1988, ampliou o rol do estado de filiação incluindo os “filhos ilegítimos” como detentores dos mesmos direitos que os “legítimos”, culminando no reconhecimento da igualdade entre os filhos, sedimentada no princípio da isonomia filial, consoante a dicção do artigo 227, §6º da CF/88<sup>3</sup>.

Art. 227. [...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na mesma esteira, cuidou também de tratar do assunto o legislador do Código Civil, ao transcrever no artigo 1.596 o que disciplinou a Constituição Federal, senão, vejamos: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>4</sup>.

Dessa forma, o estado de filiação se desprende da origem biológica e assume uma dimensão mais ampla, não devendo confundir um com o outro, o primeiro pode ser de qualquer natureza, conquanto a origem ou é biológica ou não biológica. Nessa senda, arremata Paulo Lôbo<sup>5</sup>:

Com efeito, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perde qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do direito de família por muitos anos. Por consequência, relativiza-se o papel fundador da origem biológica.

O estado de filiação ainda pode ser civil, quando decorre da adoção, da reprodução assistida ou da socioafetividade, conforme dispõe expressamente o Código

---

<sup>3</sup>Art. 227. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

<sup>5</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em 03 de junho de 2019.

Civil<sup>6</sup>: “Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Percebe-se que o diploma legal possibilita o reconhecimento da filiação em razão do caráter afetivo da relação, independente da ligação genética ou jurídica existente entre os sujeitos, assentada na realidade fática, através da convivência familiar e no cumprimento os deveres de guarda, educação, assistência, alimentos, entre outros, sendo portanto, bastante abrangente. Esse vínculo socioafetivo uma vez formado não poderá ser objeto de contestação e irá obrigar a quem a ele se submeter de forma consciente e livre.

Nesse diapasão, afirma cirurgicamente Maria Berenice Dias<sup>7</sup>:

Todas essas mudanças se refletem na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo etc. Ditas expressões nada mais significam do que o reconhecimento, também no campo da parentalidade, do mais significativo elemento estruturante do direito das famílias. Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, ser biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.

Portanto, e com base em conceitos advindos das mudanças sociais e legais, compreende-se o instituto da filiação a partir das relações afetivas firmadas entre pais e filhos, no âmbito da convivência familiar e pautado no princípio da responsabilidade dos pais no cumprimento dos direitos advindos dessa relação, não estando esse relacionado a origem genética do indivíduo.

## 2.1 NOVOS ARRANJOS FAMILIARES E PARENTESCO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Neste instante da reflexão científica, é imperioso perquirir o conceito de família, de modo que é perceptível sua evolução. Trata-se de uma definição histórica, marcada pelos contributos da evolução do pensamento humano e dinâmica social. Nunca foi estático nem se fixou no tempo em uma descrição fechada, ao contrário, foi sempre

---

<sup>6</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

<sup>7</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 657.

estudada de forma viva, muito pelo fato de se apresentar como um instituto cultural.

Por outro lado, também se apresenta nas ciências jurídicas como objeto de estudo, evoluiu junto com essa e seu significado se alterou de acordo com o ambiente e o momento histórico em que se encontrava. No dizer de Caio Mário<sup>8</sup>:

Tradicionalmente, a família era considerada em relação: a) ao princípio da autoridade; b) aos efeitos sucessórios e alimentares; c) às implicações fiscais e previdenciárias; d) ao patrimônio. Em senso estrito, a família se restringia ao grupo formado pelos pais e filhos. Aí se exercia a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo.

Como ampliação das atividades sociais, essas modificações representaram inovações jurídicas nos seguintes aspectos: passou-se a reconhecer outras formas de família que não a matrimonial, como a formada pela união estável, a família homoafetiva, a monoparental e a anaparental, e firmou-se o critério da sociafetividade como componente na configuração da filiação.

A união estável é prevista no Código Civil de 2002 que a reconhece como entidade familiar configurada pela convivência contínua, pública e duradoura. Sua principal característica é a ausência de formalidade, embora possa ser posteriormente registrada em cartório. Venosa<sup>9</sup> ensina que:

Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas *more uxório*, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adulterina. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos.

A família monoparental, por sua vez, é caracterizada por ser constituída por um dos pais e seus filhos, podendo ser verificada também entre pessoas que não guardam laços de parentesco, mas que se responsabilizam pelas decisões do grupo e que assumem a guarda de algum dos seus componentes. É importante frisar que não há no ordenamento jurídico o reconhecimento expresso dessa entidade, tampouco o Código Civil delimitou a incidência da sua atuação, estando portanto, conceituada e delimitada de modo geral pela doutrina. Sob esse prisma, Venosa<sup>10</sup> dispõe da seguinte forma: “A Constituição de

---

<sup>8</sup>PERERIA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito e família*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 39.

<sup>9</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59.

<sup>10</sup>Idem.

1988 menciona a família monoparental no art. 226, § 4º, sem tecer maiores digressões. Sua proteção, evidentemente, deve decorrer de todo o sistema.”

No que tange à família anaparental, trata-se de uma modalidade familiar calcada em vínculos colaterais entre irmãos, tios ou sobrinhos, conforme salienta Maria Berenice Dias<sup>11</sup> a respeito do tema “Não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora da proteção jurídica.”

A família homoafetiva, por seu turno, é constituída pela união de duas pessoas do mesmo sexo, que ganhou relevo a partir da sua discussão no âmbito da corte suprema, onde passou-se a pleitear sua regulamentação aos moldes das uniões heteroafetivas, levando então a ser tratada pelo ordenamento jurídico como entidade familiar. No dizer de Barroso<sup>12</sup>:

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes.

Têm-se ainda a chamada família reconstruída ou mosaico, que em breve síntese Silvio de Salvo Venosa<sup>13</sup> traduz sua conceituação: “Há que se mencionar também o fenômeno das famílias reconstituídas, pais que se unem novamente após o desfazimento de sua primitiva relação conjugal, em novo matrimônio ou nova união estável.” A família mosaica ou pluriparental é originária de uma construção doutrinária e jurisprudencial, de modo que não há nenhuma norma no plano infraconstitucional que discipline essa relação.

Seguindo na análise das classificações familiares provenientes da construção jurídica, destaca-se também a família paralela, que recebe essa denominação por se constituir a partir de relações extramatrimoniais, ou eventuais entre homem e mulher, muitas vezes se afigurando sobre ela um caráter pejorativo.

Por fim, e dessa vez partindo-se de uma inovação legal trazida pela lei nº 12.010/09, a Nova Lei de Adoção, passou-se a falar em família extensa. Com vistas a

---

<sup>11</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 242.

<sup>12</sup>BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público do União*. Brasília, 2007. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC\\_22e23\\_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y)>. Acesso em 06 de junho de 2019, p. 118.

<sup>13</sup>VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: família*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59.

assegurar o vínculo afetivo entre a criança e seus familiares, o referido dispositivo dispõe que família extensa ou ampliada se estende para além das figuras paternas e maternas, sendo composta por parentes próximos da criança ou adolescente, que com estes convive e mantêm laços de afetividade.

No que concerne às relações de parentesco, a sua associação com a reprodução conduz erroneamente a noção de que os vínculos familiares derivam unicamente dos laços sanguíneos, o que não se evidencia como verdade, uma vez que, o enfoque do parentesco sob o prisma jurídico se afigura na ideia de família, conforme prevê o artigo 1.593 do Código Civil brasileiro: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”<sup>14</sup>.

Ressalte-se que o termo “outra origem” utilizado pelo legislador pressupõe o uso de novas tecnologias, tais como a reprodução assistida para abranger os novos arranjos familiares, e como já mencionado em linhas acima a distinção de parentesco com intuito de discriminação entre os filhos é terminantemente vedada pelo ordenamento pátrio, que adota o princípio da isonomia filial, tanto é que assim menciona Paulo Nader<sup>15</sup>: “A interpretação do art. 1.593, conjugada à do art. 1.597, V, ambos do Código Civil, revela que a inseminação heteróloga atribui parentesco civil ao marido ou ao companheiro.”

O Código Civil hodierno trata acerca do parentesco nos seus artigos 1.591, 1.592 e 1.594, e estabelece o parentesco em linha reta entre pais, avós, filhos e netos, e o parentesco colateral entre irmãos, tios e sobrinhos. Além disso, também menciona o parentesco decorrente do casamento e da união estável, que se encontra fora da família de origem, em seu artigo 1.595.

Em face de todo o exposto, nítida é a compreensão de que o parentesco definido pelas normas jurídicas não mantém relação intrínseca com o quesito consanguinidade, antes aproxima-se efetivamente e fundamentadamente com o papel social da entidade familiar.

## 2.2 PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE: HIPÓTESES E REGULAÇÃO NORMATIVA

O estado de filiação decorre de um vínculo jurídico, e para que esse seja formado faz-se necessário a ocorrência de um fato anterior que o determine. Esse fato é o

---

<sup>14</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

<sup>15</sup>NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 442.

reconhecimento da paternidade, que por decorrência das transformações sociais e jurídicas, não é exclusivamente biológico. Conforme nos informa Lôbo<sup>16</sup>:

A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor.

A legislação brasileira compreende que o estado filial pode ser reconhecido voluntariamente, judicialmente ou por presunção, e é regulamentado pela legislação infraconstitucional, através do Código Civil de 2002, da Lei nº 8.560/92, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). Como objeto de estudo do presente tópico se propõe a análise da presunção de paternidade, iremos nos abster de tecer maiores comentários sobre os demais tipos de reconhecimento de paternidade.

No Código Civil<sup>17</sup> atual as hipóteses de presunção de paternidade vêm disciplinada, de forma clara e taxativa, no rol do artigo 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A primeira hipótese menciona os filhos nascidos em 180 dias depois de estabelecida a união conjugal, que conforme o entendimento de Nader<sup>18</sup>, o início da convivência conjugal nem sempre coincide com a data do casamento, podendo ser posterior ou anterior, tendo em vista haver a possibilidade de celebração do casamento por meio de procuração.

A segunda hipótese alude à prole nascida dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução do casamento, seja por morte, separação, divórcio, nulidade ou anulação da

---

<sup>16</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301 do STJ*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/37.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf)>. Acesso em 07 de junho de 2019.

<sup>17</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

<sup>18</sup>NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 456.

sociedade conjugal. Tal prazo é estabelecido por não haver gestação que alcance esse período.

Os últimos incisos do aludido artigo 1.597, referem-se à presunção de paternidade de filhos nascidos através das técnicas de reprodução humana assistida, conquanto a prole que decorre da inseminação artificial homóloga ainda que falecido o marido, são considerados filhos daquele, em razão do que dispõe o inciso III. Nesse diapasão menciona Madaleno<sup>19</sup>:

Diante da presunção conjugal de paternidade na inseminação artificial homóloga, o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil estabelece que a impossibilidade de relação carnal deixa de ser causa de exclusão da paternidade no matrimônio, ou mesmo a prova de impotência generandi do marido ao tempo da concepção não mais ilide a presunção de paternidade porque o sêmen pode ter sido previamente coletado e congelado.

Por meio do inciso IV o estatuto civilista confere a presunção de paternidade dos filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, advindos da concepção artificial homóloga.

Denomina-se embrião excedentário o fecundado in vitro, não aproveitado imediatamente pelo casal e armazenado em laboratório. Não há normas legais sobre o destino dos embriões excedentários. Se de um embrião excedentário vier a nascer um filho a qualquer tempo, mediante inseminação artificial homóloga, presume-se tenha sido concebido na constância do casamento<sup>20</sup>.

Por seu turno a inseminação heteróloga, prevista no inciso V, utiliza o sêmen de um doador, e não o do marido ou companheiro, desde que haja autorização desse. Essa autorização figura como uma forma de reconhecimento do filho, ou uma forma de adoção, que configura a chamada paternidade socioafetiva. Sobre o tema Silvio Venosa<sup>21</sup> entende que se a inseminação deu-se “sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade. Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu”.

É nesse contexto que a paternidade, assim como a família, deixa de ser analisada somente sob o prisma biológico, e ganha contornos sociais e culturais, surgindo a necessidade de criação de laços afetivos entre o pai e o filho, uma vez que o fator biológico não é mais essencial, em virtude dos processos de transformação social, que culminou na desbiologização da paternidade, e na valorização da socioafetividade, ainda que diante das hipóteses de presunção da mesma.

---

<sup>19</sup>MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 703.

<sup>20</sup>NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 459.

<sup>21</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: família*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 251.

### 3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA, AINDA QUE FALECIDO O MARIDO

O sistema de reconhecimento de filiação com base em presunções, além de fixar prazo para concepção dos filhos, inova no aspecto técnico da reprodução assistida, constatando sua existência e possibilidade, sem contudo normatizá-la, o que ocasiona muitas dúvidas e discordâncias sobre a matéria, uma vez que regula-se apenas nos incisos III, IV e V do Código Civil, apresentando-se de forma insatisfatória.

A inseminação artificial consiste em uma série de procedimentos mediante os quais se procura facilitar o encontro entre o esperma e o óvulo, tornando possível a fecundação, sendo que essa técnica de reprodução medicamente assistida pode ser homóloga, quando utilizam gametas do próprio casal ou heteróloga, quando utilizam gametas obtidos de terceiros<sup>22</sup>.

Por decorrer da utilização dos gametas femininos e masculinos oriundos do próprio casal, a reprodução homóloga se alinha ao modelo familiar constituído por genitor, genitora e prole, e repercute uma relação de parentalidade e filiação tradicionais, fazendo-se pressupor a existência de um vínculo jurídico de relação familiar entre o casal que se submeterá ao procedimento de inseminação artificial.

Diferente do que ocorre na reprodução heteróloga, o gameta masculino provém de um terceiro doador, não se configurando a relação de casamento ou união estável entre o homem doador de sêmen e a mulher em cujo organismo será realizada a inseminação artificial<sup>23</sup>.

Quanto à reprodução homóloga *post mortem*, gera-se ainda mais debates, por que embora constitua uma relação familiar pautada no modelo clássico, já que os gametas utilizados serão do próprio casal, torna-se possível estabelecer esse vínculo mesmo diante da ausência física do genitor, em virtude do emprego dos modernos métodos de criopreservação do material genético do marido ou do companheiro, possibilitando a sua esposa ou companheira ser fertilizada e com isso gerar um filho de pai pré-moriente.

---

<sup>22</sup>ALVEZ, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução Medicamente Assistida: questões bioéticas. *Revista Bioética*. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/883/975](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975)>. Acesso em: 15 de junho de 2019.

<sup>23</sup>SILVA, Andressa Corrêa. *Reprodução Assistida: da Realização do Projeto Parental ao Risco da Mercantilização do Ser Humano*. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=140808](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=140808). Acesso em: 15 de junho de 2019.

Em virtude da ausência de uma norma específica voltada à concepção póstuma, é imperioso analisar a presunção da paternidade nesses casos tomando por base o que leciona os dispositivos infra legais. Nesse ponto, recapitulamos o que diz o artigo 1.597, III do Código Civil Brasileiro<sup>24</sup>, que presumir-se-ão concebidos na constância do casamento os filhos provenientes de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido. Destarte, se extrai desse dispositivo que a presunção de paternidade da criança, nascida posteriormente à morte daquele que preservou espontaneamente seu material genético para fecundação, é do pai da mesma.

Contudo, alguns doutrinadores sustentam não ser possível a utilização de material genético de alguém já falecido, a exemplo, Maria Helena Diniz<sup>25</sup> afirma que os pais, enquanto vivos, devem consentir de forma livre e esclarecida para que a reprodução assistida ocorra. A partir deste raciocínio, afirma que “o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir”, então não poderia externar a vontade ou o desejo de conceber um filho. No mesmo sentido se posiciona Eduardo de Oliveira Leite<sup>26</sup> ao mencionar que “se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação”.

Por outro viés, Maria Berenice Dias<sup>27</sup> e Paulo Lôbo<sup>28</sup>, dispõem que se faz imprescindível a autorização expressa do marido em vida para que o procedimento seja realizado. Dessa forma, o consentimento ponderado e consciente deverá conter a autorização para o destino do material genético em caso de morte de um dos pretensos genitores. Muitos desses argumentos têm por base o que disciplina a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2168/2017<sup>29</sup>, e que atualmente se encontra em vigor, pois estabelece que:

É permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

<sup>24</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 15 de junho de 2019

<sup>25</sup>DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>26</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 234.

<sup>27</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 376.

<sup>28</sup>LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204.

<sup>29</sup>CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

Ocorre que falta a imperatividade *erga omnes* às diretrizes do Conselho Federal de Medicina. Carece ao CFM a legitimidade democrática para editar normas com caráter cogente, que sejam vinculantes a toda a população, cabendo ao Poder Legislativo expressamente autorizar ou proibir a reprodução póstuma, bem como regulamentar todos os seus efeitos, inclusive o que diz respeito à presunção da paternidade.

Seguindo esse raciocínio, frise-se o entendimento do autor Nogueira Gama<sup>30</sup>, ao aduzir que: “Na justificação dos incisos III e IV, do art. 1597, do atual Código Civil, há apenas referências à desnecessidade de qualquer autorização do marido para que incida a presunção legal da paternidade”.

Porém, a I Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado 106<sup>31</sup>, que determina ser obrigatória a autorização expressa e por escrito do marido para que se utilize seu material genético depois de sua morte. Por sua vez, o Provimento n° 52 da Corregedoria Nacional de Justiça<sup>32</sup>, editado em 14 de março de 2016, dispõe acerca do registro da criança concebida através da reprodução assistida *post mortem*, e dispõe ser dispensável a decisão judicial para efetivar tal registro, desde que o genitor falecido tenha deixado autorização específica, lavrada por instrumento público, para utilização do material biológico preservado.

Diante disso, resta evidente as inúmeras dissonâncias quanto ao meio pelo qual a presunção da paternidade deve ser externada, além de não restar configurada o grau de eficácia dessa manifestação, e nem o prazo pelo qual ela deve ser feita.

Somado a isso, ainda há o entendimento de que a própria conservação do material genético com o intuito da fecundação serviria de esteio para caracterizar a vontade do autor caso sobreviesse sua morte, uma vez que, não reside lógica a criopreservação dos gametas sem o intuito da fecundação e o *animus* de ter um filho.

### 3.1 QUESTÕES CONTROVERSAS E IMPLICAÇÕES LEGAIS DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA NO DIREITO DE FAMÍLIA E NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

A ausência de normatização quanto às especificidades da inseminação artificial *post mortem*, aliada às mudanças de paradigmas pelas quais vêm passando as relações

---

<sup>30</sup>GAMA, Guilherme C. Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o ECA. In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). *Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 278.

<sup>31</sup>BRASIL. ENUNCIADO 106 CJF/STF da I Jornada de Direito Civil (2002). Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

<sup>32</sup>BRASIL. Provimento n° 52 da Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317508>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

familiares e diante da amplitude de garantias que esse instituto acarretou, surgem indubitavelmente problemáticas que pairam sobre a temática familiar e sucessória.

Um desses questionamentos está relacionado à possibilidade de tratamento desigual conferido à prole. Nesse entendimento, Silvio Romero Beltrão<sup>33</sup> aduz que “qualquer tratamento desigual em relação à filiação e aos direitos sucessórios impede a legalização da inseminação artificial *post mortem*”.

A Constituição de 1988<sup>34</sup> disciplina em seu artigo 225, §6º, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Por conseguinte, o legislador do Código Civil de 2002 replicou o mesmo verbete no artigo 1.596, reforçando e consagrando a princípio da igualdade entre os filhos.

Isso significa que tanto a Constituição vigente quanto o mencionado diploma civilista asseguraram que todos os filhos são iguais em direitos e garantias, sejam eles concebidos na constância do casamento ou não, inclusive os adotivos, abrangendo também os provenientes de inseminação artificial homóloga póstuma e heteróloga, não se admitindo qualquer discriminação jurídica entre eles.

Sobre essa vedação à distinção entre os filhos, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho<sup>35</sup> dispõe da seguinte forma:

Em sistemas jurídicos como o nosso, onde se consagra constitucionalmente a igualdade entre os filhos, independente da situação jurídica dos pais, nos termos do art. 227, § 6º, da Constituição Federal, não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito concebido mediante fecundação *post mortem*. Tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Nesse diapasão, resta-se por evidente que a inseminação *post mortem* não é capaz de gerar nenhum efeito de distinção ou de tratamento jurídico desigual entre os filhos, muito pelo fato de tal princípio já se encontrar sedimentado no ordenamento pátrio.

---

<sup>33</sup>BELTRÃO, Silvio Romero. *Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife: CCJ/UFPE. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402_1.pdf)>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

<sup>34</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

<sup>35</sup>ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf)> Acesso em 03 de julho de 2019.

Um outro aspecto relevante que incide sobre o Direito de Família refere-se ao livre planejamento familiar, classificado pelo texto constitucional como de livre deliberação do casal, senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No entanto, quando se verificam as disposições da Lei n. 9.263/1996, conhecida como a Lei de Planejamento Familiar, percebe-se que o art. 2º da referida norma atribui a titularidade desse direito também às pessoas individualmente consideradas: “Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal<sup>36</sup>.”

Pode-se perceber, com isso, que a titularidade da referida garantia legal é mais ampla, abarcando tanto os casais, como o homem ou a mulher isoladamente, enquadrando Planejamento Familiar como um direito de liberdade dos cidadãos.

No que diz respeito à inseminação artificial, percebe-se a íntima relação com referido princípio, já que através dele garante-se uma maior liberdade de opção e acesso a métodos de concepção e contracepção, e tem-se assegurado pela Constituição Federal, o direito a acesso livre a tais técnicas, uma vez que o Estado não pode intervir seja para limitar ou ampliar a prole de um casal, ou decidir o momento em que terão ou se terão um filho, seja por meio de suas instituições públicas ou particulares, seja pela escolha dos critérios e dos modos de agir do casal.

Imperioso destacar que a autonomia derivada do planejamento familiar, não é irrestrita, pois a própria Constituição da República de 1988 impõe aos titulares duas limitações à sua autonomia, as quais se transfiguram na forma de princípios constitucionais, entre eles o da Paternidade Responsável.

Esse princípio se coaduna com a dignidade da pessoa humana ao evidenciar a importância da participação da família na formação de um filho. A paternidade responsável, transfigura-se em uma responsabilidade momentânea a partir do momento em que o sujeito recebe o status de pai e de mãe, externada em direitos e deveres que

---

<sup>36</sup>BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em: 09 de julho de 2019.

subsistem mesmo diante da dissolução da sociedade conjugal. Ao passo em que a sexualidade e reprodutividade são um direito, a paternidade responsável é um dever inerente a eles, como bem observa Guilherme Calmon<sup>37</sup>:

[...] há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.

Com isso, fala-se em inseminação artificial *post mortem* pautada no respeito ao princípio da paternidade responsável, com vistas a um planejamento familiar livre e adequado.

Os avanços sociais, e no âmbito das relações civis, acabaram por ampliar o conceito de família, reconhecendo a família monoparental como entidade familiar e detentora de proteção constitucional. Nesse diapasão, configura-se a família monoparental pela presença de um dos genitores e os filhos, convivendo e sendo responsáveis por eles<sup>38</sup>. Esse progenitor pode ser tanto a mãe quanto o pai e esses filhos podem ser biológicos ou adotivos.

Diversas circunstâncias da vida podem ensejar a constituição de uma família monoparental, separação, viuvez, adoção de um filho por apenas uma pessoa, ou até mesmo pela vontade consciente e pessoal através da inseminação artificial em mulher solteira ou pela inseminação artificial *post mortem*, fato é que ou por decorrência alheia à vontade do agente ou por manifesta vontade dele, esse núcleo familiar recebe as mesmas garantias que o constituído sob o modelo pai, mãe e filhos, para frisar esse entendimento imperioso se faz anotar a compreensão de Giselda Hironaka<sup>39</sup>, ao afirmar que:

Biológica ou não, oriunda de casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmica ou poligâmica, não importa. Nem importa o lugar que o indivíduo ocupe, se o de pai, se o de mãe, se o de filho – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir-se, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade pessoal.

Verifica-se portanto, que a família se transformou em um espaço caracterizado pelo afeto e fraternidade dos seus membros, pouco importando o vínculo biológico ou o

<sup>37</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.968/08: família, criança, adolescente e idoso*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 78.

<sup>38</sup>MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

<sup>39</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Giselda%20Maria%20Fernandes%20Novaes%20Hironaka>>. Acesso em: 09 de julho de 2019.

modelo que ela atende, tendo como condão se adequar a forma que mais atenda às suas necessidades e que efetive a realização do desenvolvimento da personalidade humana.

Uma outra problemática a se considerar é o momento de realização da inseminação artificial *post mortem*, ou a delimitação temporal em que ela poderá ocorrer. O Código Civil<sup>40</sup> presume concebida a criança nascida na constância do casamento até 300 (trezentos) dias depois de dissolvida a união conjugal. Essa hipótese também se aplica analogicamente a união estável.

Guilherme Calmon<sup>41</sup> defende ser perfeitamente possível a aplicação das regras relacionadas à filiação decorrentes das técnicas de reprodução assistida à união estável. O doutrinador sustenta que a vontade exteriorizada no período de convivência substitui a relação sexual e representa o suporte jurídico para o estabelecimento da paternidade ao companheiro.

Outra grande controvérsia acerca da inseminação artificial *post mortem* se refere à capacidade sucessória da criança nascida por meio dessa técnica, pois o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe nem contempla tal possibilidade. No entanto, o direito à herança é previsto na Constituição Federal<sup>42</sup>, por meio do seu artigo 5º como um direito fundamental que não pode ser negado por legislação infraconstitucional.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...] XXX – é garantido o direito de herança.

Por sua vez, o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 em seu inciso III fala que mesmo com a morte do marido o filho nascido por filiação homóloga também será considerado na constância do casamento. O referido artigo dá a subentender que esse filho será herdeiro legítimo garantindo-lhe assim o direito de herança como tal.

A técnica de reprodução artificial *post mortem* é um assunto, ainda, não resolvido no ordenamento jurídico, o que implica em diversas interpretações por parte da doutrina, não havendo posicionamento certo sobre o assunto. Há quem entenda por força do disposto no art. 1.798 do CCB/02 que legitimam-se a suceder somente as pessoas nascidas

<sup>40</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 09 de julho de 2019.

<sup>41</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 845.

<sup>42</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

ou concebidas no momento da abertura da sucessão, que o nascido de técnica de reprodução *post mortem*, por ser concebido após a morte do genitor, não poderia herdar. Isso porque impera no ordenamento jurídico pátrio o Princípio do Saisine que determina ser imediata a transmissão dos direitos e obrigações do falecido, impedindo que as relações jurídicas do autor da herança fiquem despidas de titularidade, mesmo que momentaneamente.

O legislador, ao formular a regra contida no presente artigo, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, referindo-se apenas às pessoas já concebidas. Contudo, o artigo 1.799<sup>43</sup>, inciso I, do referido código civilista, traz uma exceção a essa regra:

Art. 1.799. 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;

Essa hipótese prescreve que o autor da herança pode deixar, em testamento, herança ou legado para filho ainda não concebido, desde que determine a pessoa que será a genitora deste herdeiro e que essa esteja viva quando da abertura da sucessão. Porém, os filhos concebidos pela inseminação *post mortem* não seriam considerados herdeiros legítimos, mas sim testamentários, tendo como fundamento o disposto no §4º, do artigo 1.800 do Código Civil<sup>44</sup>, que estabelece o prazo de dois anos após a abertura da sucessão para a concepção do herdeiro esperado. Caso vencido esse prazo, os bens resguardados seriam destinados aos herdeiros legítimos.

Imperioso destacar, contudo, que o mencionado fundamento não apresenta a devida coerência legal, partindo-se do entendimento de que o legislador, quando da elaboração do mencionado artigo, referiu-se à prole eventual que não fosse descendente direta do próprio testador, sendo necessária portanto a sua previsão testamentária, motivo pelo qual se compreende não poder ser essa a solução para o problema sucessório em debate. Além do mais, conforme esclarece Gonçalves<sup>45</sup>:

Herdeiro necessário (legitimário ou reservatário) é o descendente (filho, neto, bisneto etc.) ou ascendente (pai, avô, bisavô etc.) sucessível, ou seja, é todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação, bem como o cônjuge.

---

<sup>43</sup>BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 09 de julho de 2019

<sup>44</sup>Idem.

<sup>45</sup>GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

A ordem de vocação hereditária, baseada na sucessão legítima, inclui os descendentes na primeira colocação, e conforme aduz Diniz: “A vocação hereditária restringe-se ao rol apresentado pelo Código Civil, no art. 1.829, não se estendendo em benefício de outras pessoas”.<sup>46</sup> Dessa forma a ordem da vocação hereditária fixada na lei vem para beneficiar os membros da família, presumindo haver vínculos afetivos do *de cuius*, assim entende o doutrinador Flávio Tartuce<sup>47</sup>:

Toda sucessão legítima toma por base o seguinte fundamento: como o falecido não fez testamento, presume a lei sua vontade, determinando o destino de seus bens. Em outras palavras, presumem-se a afetividade do falecido para com seus parentes, cônjuges ou companheiros. A ordem de chamamento dos parentes, cônjuges e companheiros do falecido decorre, em princípio, dessa presunção legal de afetividade.

Assim sendo, com base na sucessão legítima e na ordem de vocação hereditária, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. A partir disso, sendo considerado filho do falecido, a criança concebida *post mortem* deve ter os mesmos direitos de seus irmãos nascidos enquanto o pai era vivo<sup>48</sup>. Qualquer entendimento contrário acabaria por legitimar a aceitação, em nosso ordenamento jurídico atual, da existência de filhos que não têm direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado princípio da igualdade entre os filhos previsto na Constituição Federal de 1988.

É importante frisar que, nesses casos, o impacto no direito sucessório encontra-se em descompasso com a realidade brasileira. O atual Código Civil, ao ser legislado, ficou aquém das necessidades referentes ao direito sucessório através da reprodução humana medicamente assistida *post mortem*. Além das já mencionadas divergências e embates quanto ao direito à sucessão, a temática ainda abre-se ao debate sobre a estipulação de um prazo para que a fertilização homóloga póstuma possa ter efeitos sucessórios, acerca da prescrição desse prazo, da incapacidade do sujeito e em relação ao quanto de tempo poderia levar a viúva, por exemplo, para proceder com a inseminação artificial, tais

---

<sup>46</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. v.6. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

<sup>47</sup>TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. v.6. 2 ed. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 133.

<sup>48</sup>FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/423/novosite>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

questionamentos não serão aqui discutidos por não se configurarem como objeto do presente estudo.

### 3.2 DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL E EFEITOS JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO PÓSTUMA NO BRASIL

Feitas as considerações pertinentes ao assunto no âmbito das normas jurídicas e das posições doutrinárias, cabe aqui examinar em profundidade como a Justiça brasileira vem aplicando e interpretando a exegese do tema, em face da omissão legislativa, de modo a iluminar caminhos de resolutividade para conflitos advindos das relações intersubjetivas firmadas pelas pessoas in concreto.

O caso que ganhou maior repercussão no âmbito nacional ocorreu em Curitiba, quando a professora Kátia Lenerneier pleiteou na justiça o direito de utilizar o sêmen do seu esposo falecido (Roberto Niels). O cônjuge da professora preservou seu material genético para que o casal realizasse a inseminação artificial desejada quando descobriu que precisaria se submeter a um tratamento contra câncer. Esse procedimento de inseminação fora iniciado com o Niels ainda vivo, mas interrompido em virtude da agravamento da sua doença que mais tarde o vitimaria. Após seu falecimento, a clínica que cuidou da criopreservação do material genético do falecido negou-se dar continuidade ao procedimento, alegando que Niels não havia deixado autorização expressa para utilização do seu sêmen, conforme consta em entrevista<sup>49</sup>. Abaixo, transcreve-se a ementa da decisão publicada no Diário de Justiça do Estado do Paraná<sup>50</sup>:

OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001-KATIA ADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E ANDROLOGIA - "(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lenerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora Publique-se. Registre-se. Intimem-se. "Advs. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANA SZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA.

A decisão do Juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba, Alexandre Gomes Gonçalves no Estado do Paraná, que decidiu conceder uma liminar autorizando a utilização do material

<sup>49</sup>Juiz autoriza inseminação com sêmen de marido morto. *GI*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido-morto.html>>. Acesso em 24 de julho de 2019.

<sup>50</sup>PARANÁ. 13ª Vara Cível de Curitiba. *Autos n. 27862/2010*. Diário de Justiça do Estado do Paraná, 14 de maio de 2010, p. 679. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>>. Acesso em 24 de julho de 2019.

genético do falecido por sua esposa, supriu a autorização expressa do cônjuge falecido, prevista na resolução do Conselho Federal de Medicina, com base no fundamento de que já existia um projeto parental em curso, não continuado por fatos supervenientes a vontade do casal. É o que se extrai de trecho da sentença citada por Roca<sup>51</sup>:

(...) Já se sustentou que “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte” (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revistas/enunciados/IJornada.pdf>). Não parece, porém, que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento. (...) Será a ré autorizada a realizar o procedimento conforme o desejo da demandante, apesar da ausência de manifestação por escrito do marido falecido, que se entende judicialmente suprida.

O caso em tela foi julgado em 2010, porém, antes dessa repercutida decisão em 2008 o tribunal paulista já havia julgado pleito semelhante. Tratava-se de um pedido de alvará realizado por Eliane Ribeiro de Mello, que tentava junto com seu esposo, há doze anos, constituir prole. Pela dificuldade de engravidar, procuraram uma clínica de fecundação assistida onde realizaram tratamento, devidamente programado e acompanhado, sem êxito. Ocorre que, no meio do processo, seu marido veio a falecer por conta de acidente aéreo, fato que levou Eliane requerer na Justiça tal alvará com fins de utilizar o material genético de seu marido, já morto, para alcançar o que tanto almejavam: gerar um filho.

Na decisão que permitiu a utilização do material genético do cônjuge já falecido para proceder com a fertilização, o juiz também considerou o fato de já estar o casal destinado a constituição da prole, e a vontade do *de cuius* de se tornar pai, posto que realizou a coleta e preservação do seu sêmen com o intuito de fertilizar sua esposa, ou seja, o material genético tinha destinatária e finalidade certas, não vindo a completar seu propósito por fato alheio e imprevisível à vontade das partes, o que não deve se figurar

---

<sup>51</sup>ROCA, Laura Rodriguez. *Reprodução humana assistida post mortem e seus efeitos jurídicos no direito de família*. Disponível em: <[http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/laura\\_roca\\_2016\\_1.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/laura_roca_2016_1.pdf)>. Acesso em: 24 de julho de 2019.

como óbice para alcançar o objetivo do casal, tendo em vista se tratar de um respaldo ao direito a procriação<sup>52</sup>.

Se em momentos passados os tribunais decidiam as demandas envolvendo a inseminação artificial póstuma considerando as peculiaridades do caso concreto, e em sintonia com o *animus* dos pleiteantes, na atualidade as mesmas demandas passaram a ser julgadas com base no que disciplina um ato normativo de eficácia restrita, retroagindo a infundada tese de que não existe uma legislação específica que discipline o assunto, e que em virtude das inúmeras discussões no que tange a direito sucessório compete ao julgador analisar com base na lei apenas. E foi seguindo esse entendimento que a 3ª Turma Cível do TJDFT negou pedido de uma viúva para usar o material genético criopreservado do seu falecido companheiro para fins de reprodução assistida, conforme extraído da emenda que segue<sup>53</sup>:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO *POST MORTEM* SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido.

A autora da ação manteve com o *de cujus* união estável por 14 anos e sempre desejaram ter filhos, porém, antes de concretizarem esse projeto, o homem foi acometido de neoplasia maligna agressiva e, por causa do tratamento a que seria submetido, corria o risco de se tornar infértil, motivo que o levou a criopreservação de seu sêmen. Após o falecimento do seu cônjuge a clínica negou-se a entregar o material a viúva pois ela não

<sup>52</sup>SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Autos nº 583.00.2008.138900-2/000000-000*. Diário de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, 21 maio 2008. p. 498. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>>. Acesso em: 24 de julho de 2019

<sup>53</sup>DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Autos nº 2008 01 1 149300-2*. Diário de Justiça do Distrito Federal. Distrito Federal, 18 de junho de 2015, p. 82. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/94147333/djdf-18-06-2015-pg-82?ref=serp>>. Acesso em: 24 de julho de 2019.

tinha autorização expressa do falecido marido para liberá-lo ou utilizá-lo. Embora tenha a relatora mantido a decisão de primeira instância no sentido de dar provimento ao pleito, o revisor sustentou que sendo a matéria não prevista em lei, não se deve presumir a vontade do de cujus<sup>54</sup>, devendo ser essa condicionada a sua autorização expressa por cautela.

Em muitos casos essa autorização expressa não pode ser dada tendo em vista a incidência repentina do evento morte. Conforme se depreende dos casos acima narrados, todos possuíam a vontade manifesta da paternidade, externada por meio da utilização das técnicas de reprodução assistida ou mesmo com a preservação do material genético para futuras fertilizações, porém, por um critério puramente burocrático, a manifestação expressa dessa vontade, ressalte-se não prevista em nenhum dispositivo legal de efeitos *erga omnes*, se tornou preponderante para o julgador.

O questionamento que se faz pertinente é: se já houve inúmeras provas do desejo de paternidade, se já ocorrera inclusive o procedimento artificial em vida, mas que não fora exitoso, se o sêmen fora preservado com a intenção de fertilizar a parceira, por que limitar a vontade preponderante das partes a um critério de omissão normativa? Aliada à incompetência do legislador, que acaba por acarretar uma total abstração dos julgamentos, esse assunto está condicionado a uma exegese questionável, que não se atenta aos fenômenos sociais. Ao revés, limita a atuação do magistrado de primeira instância, que julga com base no seu entendimento sobre a matéria e enseja a rediscussão no âmbito dos tribunais que acaba por replicar precedentes nem sempre condizentes com o caso concreto.

Imperioso notar o peso dos princípios constitucionais sobre as decisões, principalmente quanto à dignidade da pessoa humana e direito de constituir família, de modo que, em ambos os casos, dadas as circunstâncias dos mesmos, inclusive das tentativas frustradas antes da morte dos genitores, cercear o direito de utilização do material genético significaria cercear, também, seu direito de reprodução dentro do âmbito familiar desejado.

---

<sup>54</sup>DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Autos nº 2008 01 1 149300-2*. Diário de Justiça do Distrito Federal. Distrito Federal, 18 de junho de 2015, p. 82. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-2008011493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acesso em: 24 de julho de 2019.

#### 4 DIREITO À MATERNIDADE *VERSUS* DIREITO À PATERNIDADE: COLISÃO DE DIREITOS E CRITÉRIOS DE RESOLUÇÃO À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

O direito de ser mãe e ser pai perpassa pela liberdade que tem o cidadão de escolher se pretende ou não ter filhos, garantido constitucionalmente e vinculado ao tema em análise. Essa garantia reside na premissa de que ninguém será coagido a procriar ou deixar de fazê-lo, associada a ideia de liberdade jurídica prevista no artigo 5º, II, da Constituição Federal<sup>55</sup>.

Paulo Lôbo define a liberdade, no Direito, como sendo “o direito de ser livre, desde o nascimento até à morte, o direito de não estar subjugado a outrem, o direito de ir e vir, salvo a restrição em virtude do cometimento de crime”<sup>56</sup>.

Atrelado a isso reside a autonomia no direito privado, que assegura a mínima intervenção estatal nas decisões de vontade dos sujeitos por parte do Estado, resguardando as decisões individuais e protegendo a privacidade.

Pietro Perlingieri<sup>57</sup>, entende que a autonomia privada reside em qualquer relação, privada ou negocial, inclusive naquelas relações existenciais, senão vejamos:

Uma definição usual, a ser considerada, no entanto, como mero ponto de partida para em seguida desenvolver as respectivas críticas, entende por *autonomia privada*, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar *vicissitudes jurídicas* como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados.

A liberdade que permeia o direito à maternidade e a paternidade, possui vinculação direta com o planejamento familiar, outrora discutido, estando tipificada no art. 9º da Lei 9.263/96<sup>58</sup>, que põe à disposição os métodos de concepção e contracepção, desde que sejam eles aceitos cientificamente sem colocar em risco a vida e a saúde das pessoas, assegurando-lhes a liberdade de opção. Para tanto, o direito individual de tornar-se pai ou mãe reside no conceito de liberdade filosófica e jurídica, com a autonomia privada.

<sup>55</sup>Art. 5º [...]. II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

<sup>56</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Disponível em: <jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade#ixzz27ElrEcDq>. Acesso em: 25 de julho de 2019.

<sup>57</sup>PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

<sup>58</sup>BRASIL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em 25 de julho de 2019.

Essa liberdade de escolha é associada por Celina Bodin<sup>59</sup> à dignidade humana através da divisão kantiana de valores, especificamente o preço e a dignidade que é intrínseca ao ser humano e protegida contra a coerção, já a liberdade se modula no seio de um sistema legal, qual seja a Constituição Federal.

Cumpra-nos de antemão, tecer um breve arcabouço axiológico das definições atribuídas à paternidade e à maternidade. O espírito de paternidade, em tempos mais remotos associou-se à identidade de um ser soberano, tais como os deuses e reis que implicavam sempre em uma figura de hegemonia masculina, no entanto, com a alvorada da consolidação dos direitos das crianças e dos adolescentes, que atribuiu a filiação paterna como um direito, o conceito de paternidade passou a ser tratado como um dever, dever de cuidado, proteção, educação e manutenção do bem-estar do filho. Essa significação acabou por retirar qualquer ato de vontade da paternidade para atribuir-lhe um valor restrito ao cumprimento de obrigações.

Paralelo a isso, o conceito de maternidade sempre esteve atrelado ao cuidado, ao amor mas, acima de tudo, a uma vontade inerente ao instinto feminino, configurando-se a heterogeneidade das funções maternas e paternas, no discurso psicanalítico “a importância atribuída ao pai simbólico é tamanha que com demasiada frequência se esquece de evocar concretamente o pai em carne e osso”<sup>60</sup>.

De forma bastante resumida, pode-se dizer que, tradicionalmente, se considerou o papel materno como ato de vontade basilar da condição feminina. Quanto à paternidade, foi despojada de sua autonomia privada, servindo apenas para a continuação da projeção de um modelo familiar patriarcal, onde do casamento projetam-se os filhos, para concretizar a plena realização feminina e a paternidade se condiciona na figura de provedor, despido de qualquer interesse em relação a prole.

Essa argumentação é ainda imperiosa e verdadeira quando traçamos um paralelo com a possibilidade dessa paternidade ser oriunda somente após a morte. Note-se que mesmo presente o requisito de autonomia de vontade, liberdade de escolha, traduzido no interesse de proceder com o método de inseminação artificial *post mortem*, manifestado ainda em vida através de provas tácitas que exteriorizam o desejo da concepção, ainda assim isso não é suficiente. Por que, embora tenhamos evoluído em termos legais,

---

<sup>59</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Renovar, 2010, p.184.

<sup>60</sup>BADINTER, Elisabeth. *Um Amor conquistado: o mito do amor materno*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 319.

tenhamos grafado em livros o direito à liberdade de escolha e autonomia e o respeito pela consecução da vontade humana, quando se trata de paternidade isso ainda não é suficiente.

O direito à paternidade ainda se baseia naquele de outrora, enraizado no cumprimento de direitos e deveres. A vontade, quando não exteriorizada de maneira clara, seguindo o que se convencionou a entender por clareza, não passa de uma pretensão da mulher em ver satisfeito seu instinto materno e poder assim sentir-se plenamente realizada. Para o autor Eduardo de Oliveira Leite<sup>61</sup> a liberdade que se dá ao uso dos métodos de reprodução artificial, se configura como uma alternativa a procriação natural fruto de uma atitude egoísta de quem deseja essa maternidade.

Contrário a esse posicionamento, Gama<sup>62</sup> conclusivamente afirma que quem busca o direito à paternidade ou a maternidade através das técnicas de reprodução assistida, assim o faz com o imenso desejo de procriar associado a uma coragem e desimpedimento, nutridos na mesma proporção.

Ademais, não se pode basear o uso de qualquer tipo de técnica de reprodução artificial como egoísmo por parte de quem o busca, já que não é possível presumir a má-fé de todos os interessados. De igual forma, não pode o ordenamento proibir o seu uso ou negar-lhe a projeção de direitos em virtude de ausência legislativa ou dificuldade de fruição e aplicação, ao contrário, deve-se almejar a busca pela correção da anomalia para que o direito possa ser plenamente exercido pelos seus titulares.

#### 4.1 EMPODERAMENTO FEMININO, LIBERDADE E DIREITOS REPRODUTIVOS

Na esteira das transformações políticas, sociais e econômicas que ocorrerem no mundo e que serviu de base para o surgimento do feminismo, no ocidente por volta da década de 60 com o despertar da consciência feminina acerca da ampliação do seu papel para as mudanças globais, o feminismo exsurge na sua “segunda onda” com princípios que modificaram a órbita da vida em comum e pautaram a luta pela liberdade plena e efetiva da mulher.

Esse movimento, organizado em torno de novas demandas, ganhou força no Brasil na mesma época, entre as décadas de 60 e 70, momento em que se travava uma luta política e ideológica contra a ditadura, e se reivindicava direitos até então negligenciados

---

<sup>61</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 153.

<sup>62</sup>GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 666.

pelo Estado, como a democracia, a justiça e os direitos sociais. A partir de então, o feminismo tomou novos rumos e começou a pautar discussões acerca dos direitos reprodutivos e sexuais da mulher, sempre associado ao ideal de liberdade, equidade e justiça social que permeou toda a estrutura política dos movimentos feministas.

Para se ancorar a devida compreensão acerca de como esse fenômeno ensejou a liberdade sobre os direitos reprodutivos, é necessário adentrarmos antes na análise da sexualidade e sua correlação com ambos.

A sexualidade está relacionada em como o indivíduo expressa sua vontade, é construída pelos aspectos sociais e também biológicos, sofrendo a influência de diversos fatores tais como a cultura, a realidade social e os aspectos psicológicos. Em síntese, o direito sexual se resume à vivência da sexualidade sem discriminações, senão vejamos<sup>63</sup>:

Os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres humanos. Saúde sexual é um direito fundamental, então saúde sexual deve ser um direito humano básico. Para assegurarmos que os seres humanos e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os seguintes direitos sexuais devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados, defendidos por todas as sociedades de todas as maneiras. Saúde sexual é o resultado de um ambiente que reconhece, respeita e exercita estes direitos sexuais.

Os direitos reprodutivos por seu turno surgiram através dos movimentos feministas com o intuito de proteger a saúde, os direitos individuais e a sexualidade, a ponto de reclamarem para a si a decisão de quando, se e de que forma desejam ter filhos. O direito reprodutivo defende a autonomia e a liberdade da mulher, e este direito demanda necessariamente a discussão de temas polêmicos que na sociedade brasileira são de difícil acesso, tais como aborto, esterilização, métodos de fertilização, métodos contraceptivos, união de pessoas do mesmo sexo, inclusive a inseminação artificial *post mortem*, e ainda inclui o direito<sup>64</sup>:

- individual de mulheres e homens em decidir sobre se querem, ou não, ter filhos/as, em que momento de suas vidas e quantos/as filhos/as desejam ter.
- de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.
- de homens e mulheres participarem com iguais responsabilidades na criação dos/as filhos/as.

---

<sup>63</sup>WAS. *Declaração Universal dos Direitos Sexuais*: Durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto 2000 a Assembléia Geral da WAS – World Association for Sexology, aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia. Disponível em: <<http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portugese.pdf>>. Acesso em 26 de julho de 2019.

<sup>64</sup>SOS CORPO – GÊNERO E CIDADADINA. *Conversando sobre direitos sexuais e reprodutivos*. Série saúde preventiva. Disponível em: <http://www.soscorpo.org.br/download/direitos.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2019.

- a serviços de saúde pública de qualidade, e acessíveis, durante todas as etapas da vida.
- à adoção e ao tratamento para a infertilidade.

Embora os direitos reprodutivos e os direitos sexuais estejam intimamente relacionados, posto que garantem o livre exercício da sexualidade e a autonomia para as decisões das pessoas no que se refere à vida sexual e à reprodução, é imperioso destacar que a origem etimológica de ambos é distinta.

A etimologia do termo “direitos reprodutivos”, provém dos grupos de mulheres e não de um marco de referência institucional. O conceito de direitos reprodutivos está vinculado à luta pelo aborto seguro e legal, e pelo direito de escolha anticoncepcional. O conceito de “direitos sexuais” é o resultado de mudanças políticas e culturais das sociedades.

A liberdade por sua vez, está na esteira dos direitos fundamentais e embasa tanto os direitos reprodutivos quanto os sexuais. Essa liberdade, *a priori*, está disseminada entre os indivíduos que nascem livres e iguais mesmo diante das suas diferenças que se traduz na escolha individual e vedação de intervenção estatal na autonomia de vontade da mulher, como de controle coercitivo de natalidade, e configura-se como um conjunto de outros direitos civis e sociais. Já os direitos sexuais envolvem uma complexidade maior, na medida em que emergem não somente do exercício de uma sexualidade sadia, como também da diversidade e livre escolha da sexualidade, sem discriminação, coerção ou violência<sup>65</sup>.

A liberdade tem seu espectro ampliado quando observado pela ótica da propensão de direitos que buscam a igualdade entre os gêneros e, ademais, quando através dele se alcança a proteção às mulheres da discriminação e da violência, seja no seio familiar ou social, e da mesma forma quando remete a não utilização de coerção para com a mulher, a sua “*descoisificação*” enquanto um objeto de reprodução, e acima de tudo quando se respeita seus direitos individuais e sua autonomia de vontade sobre seu corpo, sua sexualidade, e sua reprodutividade.

Neste instante da reflexão científica, se faz oportuno apresentar dados de pesquisa de campo, que demonstram resultados muito interessantes quanto ao tratamento da questão do direito ao próprio corpo. É salutar registrar que para comprovação das

---

<sup>65</sup>CORRÊA, Sônia; JANNUZZI, Paulo de Martino; ALVES, José Eustáquio Diniz. *Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores*. Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP). Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/livros/article/view/142>>. Acesso em: 26 de julho de 2019.

hipóteses traçadas no início da pesquisa e a adequada aplicação do método de trabalho, foi promovida a aplicação de 215 formulários nas plataformas digitais da internet durante um período de três meses, com o escopo de precisar em quantitativos estatísticos as questões mais fervilhantes acerca da problemática, corolário dos direitos femininos.

Através dos resultados obtidos pode-se traçar um perfil do público feminino para quem ele foi dirigido. São mulheres incluídas na faixa etária entre os 18 e 55 anos de idade, a maioria possui entre 18 e 25 anos (40%), as solteiras representam 54% e as casadas 32,1% do público, e 64,2% não possuem filhos. Das 35,8% mulheres que possuem filhos, têm em torno de um a dois filhos (17,2% e 13% respectivamente), e se manifestam de modo favorável à reprodução artificial homóloga *post mortem*, sua maioria (54,4%). Para outras, no entanto, a temática precisaria ser analisada em cada caso, tendo em vista que 31,2% dizem que talvez concordem com o procedimento de fecundação póstuma<sup>66</sup>.

À parte disso, quando a questão se refere ao direito sobre o próprio corpo, as opiniões são quase unânimes. 92,6% afirmam que sim, o direito ao domínio sobre o corpo pertence à mulher, e apenas 14 mulheres afirmaram que esse direito deve ser analisado em situações específicas.<sup>67</sup> Desse modo, é evidente que na sociedade atual não mais cabe restringir os direitos reprodutivos ou sexuais das mulheres ou condicioná-los a propensões do legislador ou do magistrado, limitando a atuação feminina na sua manifestação de vontade.

Se as conquistas feministas permitiram a mulher manifesta-se no meio da sociedade através do voto, da escolha da profissão, acerca do casamento, por que então restringir esse espectro apenas no que tange a maternidade? Será que alguém que não a mulher poderia determinar o melhor momento, fase, ou situação para que ela escolha engravidar? O Estado não pode e não deve em nenhuma dessas hipóteses atentar contra a liberdade individual das mulheres como tanto o fez no passado. Não é mais razoável que isso se permita no atual estado democrático no qual se encontra a humanidade.

A sociedade durante todo o seu transcurso histórico é pautada pelo paradigma do domínio patriarcal e que permanece até os dias atuais, sendo responsável pela diminuição do papel da mulher dentro da sociedade por intermédio de uma doutrina machista, que

---

<sup>66</sup>DADOS DE PESQUISA DE CAMPO. Questionário n. 01. *Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade*. Disponível em: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019

<sup>67</sup>Ibidem. VIDE tabela n.08 de respostas do questionário em apêndice.

eleva as desigualdades no âmbito do direito, em que este quando aplicado ou interpretado as exclui, dificultando seu acesso às oportunidades em níveis de isonomia para com os homens.

Nesse diapasão, o empoderamento surge a partir dos movimentos feministas com o intuito de lutar contra a subordinação social da mulher em diversos contextos. Diferente do que se propaga, o empoderamento feminino não condiciona a ideia de “poder” como fonte de abuso, opressão ou discriminação (atrelada a isso têm-se a ideologia machista). Ao contrário, o ideal da proposta é construir o empoderamento nas mulheres para que sirva como fonte de emancipação e resistência contra o Estado patriarcal, conforme entende Lisboa<sup>68</sup>:

Empoderamento na perspectiva feminista é um poder que afirma, reconhece e valoriza as mulheres; é precondição para obter a igualdade entre homens e mulheres; representa um desafio às relações patriarcais, em especial dentro da família, ao poder dominante do homem e a manutenção dos seus privilégios de gênero. Implica a alteração radical dos processos e das estruturas que reproduzem a posição subalterna da mulher como gênero; significa uma mudança na dominação tradicional dos homens sobre as mulheres, garantindo-lhes a autonomia no que se refere ao controle dos seus corpos, da sua sexualidade, do seu direito de ir e vir, bem como um rechaço ao abuso físico e as violações.

Contudo, a maternidade nunca foi um processo resultante da emancipação e do exercício da autonomia de vontade da mulher, uma vez que era imposta a elas como parte de seu papel social. E qual a relação dessa construção com a possibilidade da inseminação artificial *post mortem*? A relação se concentra justamente na autonomia de vontade não só do casal mas essencialmente da mulher, já que na contemporaneidade, as mulheres se apercebem de que não precisam ter filhos caso não queiram, que não necessitam de um parceiro para constituir família, e nem de um pai para criar um filho, tendo em vista que a maioria das famílias brasileiras são monoparentais e chefiadas apenas por mulheres.

E isso fica ainda mais evidente quando comparamos com os resultados obtidos através da pesquisa de campo, acerca da possibilidade de a mulher gerar um filho sem necessariamente ter um companheiro ou cônjuge. Para 94% das entrevistadas o projeto parental independente é de livre decisão e escolha da mulher<sup>69</sup>. Percebe-se então, que não

---

<sup>68</sup>LISBOA, Teresa Kleba. *O Empoderamento como estratégia de inclusão das mulheres nas políticas sociais*. Seminário Internacional Fazendo Gênero: Corpo, Violência e Poder. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST11/Teresa\\_Kleba\\_Lisboa\\_11.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST11/Teresa_Kleba_Lisboa_11.pdf)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

<sup>69</sup>DADOS DE PESQUISA DE CAMPO. Questionário n. 01. *Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade*. Disponível em: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

mais figura o ideal materno de séculos atrás devido a uma série de condições e situações vivenciadas pelas mulheres. Essa noção tende a, igualmente com o ideal de família, sofrer modificações necessárias e condizentes com a nova realidade social.

Ressalte-se que nesse viés se mostra necessário contemplar os direitos reprodutivos femininos sob o advento dos avanços das técnicas de Reprodução Humana Assistida que ensejam a autonomia procriativa das mulheres, dispensando-as da construção de vínculos afetivos ou de alterações do estado civil.

Também é pertinente compreender a reprodução artificial póstuma como fator de subordinação das mulheres. Primeiro por que, de certa forma, ela é apenas facultada aos homens, segundo porque a paternidade não é tida pela sociedade como um papel de submissão social masculino e terceiro, por que ela acaba sempre condicionada à vontade unilateral do homem, já que conforme vem sendo decidido se não há essa vontade expressa ainda em vida ela não pode ser presumida e a fecundação não pode ser levada a termo apenas pela autonomia de vontade da mulher. Por isso a relevância de se aperceber que a inseminação artificial *post mortem* pode ser percebida como instrumento da autonomia volitiva das mulheres, como um direito de escolha, como a expressão do desejo ao exercício livre do direito à reprodução e como uma decisão individual de cada mulher.

Tanto assim o é, que quando questionadas se a reprodução *post mortem* se relaciona com a sua própria autonomia de vontade e o livre exercício do seu direito a reprodução, 81,4% das mulheres afirmam que sim<sup>70</sup>, asseverando a íntima relação que possui um e outro, de modo que ao se negar a referida inseminação póstuma, alija-se da mulher seus direitos básicos de liberdade, independência, autossuficiência e emancipação.

Para além disso, cumpre-nos destacar que a aplicação da possibilidade de inseminação póstuma pautada no princípio da equidade de gêneros, sem a burocracia ineficaz que a lei contempla e que não serve ao seu propósito, acaba por reconhecer os mesmos direitos emancipatórios reprodutivos aos homens. Ao respeitar a autonomia de vontade manifestada em vida, ainda que tacitamente, estaria se admitindo a condição do ente masculino como sujeito à liberdade e autonomia reprodutiva, como parte do rol dos direitos fundamentais.

---

<sup>70</sup> DADOS DE PESQUISA DE CAMPO. Questionário n. 01. *Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade*. Disponível em: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

Contudo, para que esse processo reprodutivo emancipatório masculino se torne viável, exigir-se-á que seja contemplado pela doutrina e pela legislação o entendimento de manifestação de vontade tácita, provada seja pelos próprios fatos que levaram à preservação do sêmen, seja pelos relatos e vivência de quem acompanhou de perto a manifestação do desejo à paternidade, o que convenhamos, está longe de se concretizar. Seja por que a normatividade não possibilita essa presunção de vontade, ou por que o aplicador não se propõe a subsumir os fatos à norma, ou ainda, por que a temática é compreendida com base nos ideais contrários à evolução que ela se destina, como fica demonstrado na pesquisa sobre a manifestação de vontade do cônjuge acerca da fertilização após sua morte, onde 36,3% concordam com o disposto nas normas espaciais, de que a vontade nesses casos não pode ser presumida, mas sim expressada pelo depositário do material genético e apenas 26,5% entendem ser possível a manifestação de vontade tácita<sup>71</sup>.

Embora as mulheres entendam que são livres para decidir sobre seu próprio corpo, para constituírem família independente de estabelecerem qualquer vínculo conjugal, e que a reprodução póstuma garante sobremaneira seus direitos reprodutivos, ainda assim há uma tendência a se submeter a um rigor formal da norma que pelos motivos já elencados não garante proteção aos direitos femininos. Acredita-se que isso se deve ao fato do pouco conhecimento que se tem sobre o assunto, uma vez que 43,3% das entrevistadas dizem conhecer pouco, e 31,6% afirmam não conhecer nada sobre a temática<sup>72</sup>.

Não obstante, 32,6% do público coadunam com a tese firmada no presente estudo, de que a manifestação de vontade do genitor pode ser configurada a partir do momento em que ele autoriza a coleta do seu material genético com o intuito de fecundação, mesmo que essa somente venha a ocorrer após sua morte. Há ainda quem entenda que em qualquer situação é dispensável a autorização do cônjuge premoriente (4,7%), podendo com isso a clínica que preservou o sêmen proceder com a inseminação<sup>73</sup>.

#### 4.2 IDENTIDADE DA CRIANÇA, CONVÍVIO COM O PAI E DEMAIS PARENTES

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece ser a família o núcleo fundamental e privilegiado de desenvolvimento dos sujeitos ao elenca-la como alicerce da sociedade e

---

<sup>71</sup>DADOS DE PESQUISA DE CAMPO. Questionário n. 01. *Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade*. Disponível em: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

<sup>72</sup>Ibidem. VIDE tabela n. 01 de respostas questionário em apêndice.

<sup>73</sup>Ibidem. VIDE tabela n. 13 de respostas do questionário em apêndice.

designar-lhe especial proteção<sup>74</sup>. É através do núcleo familiar que se constrói o vínculo humano, e se origina os diversos aspectos qualificadores do relacionamento entre as pessoas, além de promover o reconhecimento de diversos sentimentos que compõe a subjetividade de cada indivíduo.

Preponderantemente na infância, a criança internaliza de forma mais acentuada a influência que o núcleo familiar lhe propõe e que irá compor seus traços de identidade, de modo que para se desenvolverem plenamente, as crianças devem ter não apenas suas necessidades básicas supridas, como alimentação, higiene e proteção física, mas também suas necessidades de conforto e segurança emocional atendidas<sup>75</sup>.

Partindo dessa premissa, a Doutrina da Proteção Integral, patrocinadora de todo o espectro de proteção legal e social destinada à população infanto-juvenil, corrobora com a proteção dos laços familiares, por entender que é nela o âmbito de convivência e contato mais profundo com o amor, a fraternidade, a superação dos obstáculos, a troca de experiências e a formação de vínculos internos e externos.

Conforme já ressaltado anteriormente o modelo familiar contemporâneo já não é mais fixado na ideia de família conjugal de pais e filhos, ao revés, ela se amplia e se consolida na formação de núcleos diversos, compostos de múltiplas formas, e traz em seu bojo a concepção de núcleo familiar baseado em sentimentos e valores comuns de afinidade e afetividade.

Com base nisso, a Lei nº 12.010/2009 que alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, inovou ao trazer o conceito de família extensa ou ampliada, caracterizando como aquela que abrange parentes próximos e demais pessoas, com ou sem vínculos consanguíneos, mas próximas pelo elo da afetividade<sup>76</sup>. Ou seja, a família passa a ser composta pelos avós, tios, primos, sejam eles de um grau mais próximo ou mais distante, há ainda quem inclua nesse rol os padrinhos e madrinhas.

Nesse contexto de reconfiguração familiar, ampliação do seu conceito e elevação da sua importância para a formação da criança, elenca-se o convívio familiar como direito essencial da personalidade destes sujeitos, isso por que não há desenvolvimento mínimo

---

<sup>74</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

<sup>75</sup>ABUCHAIM, Beatriz de Oliveira. Et al. *Importância dos vínculos familiares na primeira infância: estudo II*. 1. ed. Organização Comitê Científico do Núcleo pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2016, p. 6.

<sup>76</sup>Art. 25. [...]. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. BRASIL. *Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

das potencialidades humanas, e nenhuma criança cresce sadiamente sem um vínculo afetivo estreito<sup>77</sup>.

Além disso, a Doutrina da Proteção Integral tem como um dos seus fundamentos esse direito à convivência familiar, assentada no reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento e que portanto, carecem do Estado, da sociedade e da família direitos e proteções especiais, de modo que alcancem o desenvolvimento pleno.

A convivência familiar também se relaciona com o princípio da afetividade estruturante das bases familiares modernas, já que esta deriva daquela e não dos vínculos sanguíneos, conforme dizeres de Maria Berenice Dias<sup>78</sup>: “Afinal, o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da filiação. Não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue.”

Resta dizer que as relações fundadas na afetividade viabilizam o desenvolvimento da criança e, por conseguinte, deve ser tutelada pelas normas jurídicas, posto que a formação da sua identidade acha-se consolidada primordialmente no núcleo familiar.

De toda essa conjuntura extrai-se que a criança só se desenvolve plenamente no seio familiar, que esta é pautada pelos vínculos de afetividade e afinidade entre seus membros, que não são apenas pais e irmãos, mas sim, todos os sujeitos que contribuem ou possam contribuir para tal desenvolvimento, sendo a eles assegurado a convivência com a criança por se configurar como direito fundamental.

Nessa toada, é inegável que os avós e demais parentes devem estabelecer de forma eficaz os laços afetivos que perpassam pelos laços sanguíneos, independentemente da situação em que essa criança se gerou ou da situação em que ela se encontra. Sobre esse prisma, frise-se o seguinte ensinamento da professora Berenice Dias<sup>79</sup>:

Quando a Constituição (CF 227) e o ECA asseguram o direito à convivência familiar, não estabelecem limites. Como os vínculos parenterais não se esgotam entre pais e filhos, apesar do silêncio legal, o direito de convivência estende-se aos avós de conviverem com seus netos. Assim, não se podem impedir visitas entre avós e netos, o que já vem, de há muito, sendo consagrado pela jurisprudência. Tal direito deve ser conjugado com o princípio do melhor interesse da criança, fundamentando-se na prerrogativa do neto de ser visitado por seus ascendentes, ou por qualquer parente que com ele mantenha laços de afeto, de solidariedade, de respeito e amor. A criança tem o direito de

---

<sup>77</sup>MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional das crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003, p. 54.

<sup>78</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 56.

<sup>79</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1096.

personalidade de ser visitada não só pelos avós, como também pelos bisavós, irmãos, tios, primos, padrinho, madrinha, enfim, por toda e qualquer pessoa que lhe tenha afeto.”

A pesquisa de campo<sup>80</sup> também mostra que para 71,2% do público submetida a ela, o filho proveniente da inseminação artificial *post mortem* não tem comprometida a sua convivência e relação com a família paterna, e nem deve comprometer, visto que se trata de direito inerente a toda e qualquer criança estendido aos parentes da família extensa que diante de qualquer ameaça de privação de relação pode acionar a prestação estatal por intermédio do judiciário.

Ressalte-se, ainda, que a concretização do direito a convivência familiar não passa pela decisão dos pais, ou no caso do presente estudo, da mãe que gerou o filho através da reprodução póstuma, mas sim se caracteriza como um direito subjetivo da criança, garantido pela legislação constitucional e infraconstitucional, cujo exercício se dispõe como meio de efetivação da sua formação como sujeito de direitos e pessoa em desenvolvimento, mormente quando ao direito de conhecimento pleno da sua identidade.

Portanto, resta insofismável que o convívio familiar deve sempre se pautar na solidariedade, na ética e na responsabilidade social para figurar no campo da dignidade humana e para estabelecer vínculos duradouros e interpessoais que propiciem a formação do bem-estar emocional da criança.

#### **4.2.1 Do Registro de Nascimento na Reprodução Artificial e o Provimento nº 52/2016**

O Registro Civil de Nascimento é o instrumento jurídico por meio do qual se estabelece o vínculo jurídico de parentesco entre pais e filhos. Também é direito fundamental de toda criança, pois formaliza legalmente a existência de uma pessoa e é através dele que se exterioriza o direito à identidade dos sujeitos, sendo isso fator preponderante para a prática dos atos da vida civil.

A Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), que regulamenta, entre outros, os atos e providências para o registro de nascimento, não diferencia o método para a lavratura da ata de nascimento para filhos havidos ou não da relação conjugal ou provenientes da adoção, e estabelece que esse registro deverá ser feito pelo pai ou pela mãe, de modo que, caso eles não sejam casados a filiação paterna só constará no registro mediante autorização por escrito, já que ainda vigora a máxima de que os filhos nascidos

---

<sup>80</sup>DADOS DE PESQUISA DE CAMPO. Questionário n. 01. *Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade*. Disponível em: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

na constância de casamento têm sua paternidade presumida, enquanto a vontade do pai de proceder com o registro dessa filiação depende de manifestação de vontade inequívoca e escrita, o que por nós é considerado deveras ultrapassado<sup>81</sup>.

Contudo, a referida lei não tratou a respeito do registro de nascimento dos filhos oriundos das técnicas de reprodução humana, que somente era possível quando pleiteado judicialmente, isto é, os pais ingressavam com um processo judicial para garantirem tal direito, exceto nos casos em que o material genético utilizado fosse o do próprio casal, que seguiria com as regras gerais. Porém, essa deficiência foi sanada quando editou-se o Provimento nº 52 do Conselho Nacional de Justiça, que para além da regulamentação do registro de filhos de casais homoafetivos, da gestação por substituição, da multiparentalidade, da fertilização *in vitro*, da inseminação heteróloga, tratou principalmente do registro de filhos gerados através da inseminação artificial *post mortem*.

Frise-se que a documentação exigida para o registro da criança concebida após a morte do pai é semelhante à necessária para o registro tradicional, qual seja<sup>82</sup>:

Art. 2º. É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - declaração de nascido vivo - DNV:

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Outrossim, o referido provimento inovou nesse regulamento quando exigiu que no momento do registro fosse apresentado também um termo de autorização prévia, lavrado por instrumento público que contenha a destinação do falecido para o uso do material genético preservado, sendo que esse requisito vem sendo exigido também pelos tribunais quanto à possibilidade de utilização desse material genético para a fecundação, seguindo o regulamento do Conselho Federal de Medicina, e é o que na prática vem se repercutindo, conforme análise jurisprudencial já referenciada.

Nesse ponto, reforçamos o que já anteriormente fora destacado a respeito da filiação no Código Civil, que a reconhece para os filhos havidos por fecundação artificial

<sup>81</sup>BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

<sup>82</sup>BRASIL. *Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317508>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

*post mortem*, ainda que falecido o marido. Além disso, curioso é o estabelecimento da condição *sine qua non* de prévia autorização por meio de instrumento público da vontade do agente falecido, para proceder com o registro, ora, a lei civil não exige qualquer tipo de permissão para a reprodução humana *post mortem*, apenas para a heteróloga (CC, art. 1.597, V), logo deduz-se que não há razão pela qual ela se faça imprescindível.

Cumprindo ainda trazer à baila que essa forma de autorização não se acha especificada por lei alguma, ou seja, não há um ato normativo sequer que exija a lavratura do termo por instrumento público, não obstante o Conselho Nacional de Justiça deter de certo poder normativo, ainda assim não seria possível exigir de forma especial, consoante apregoa a lei civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”<sup>83</sup>. Tem-se então que a regra é a liberdade de forma, somente podendo a lei exigir a especificidade de cada ato.

Com isso, também restaria possível ao homem viúvo a possibilidade de gerar um filho mesmo após a morte de sua companheira, como forma de auxiliar na concretização do princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal, e contribuir para formar a ideia de paternidade decorrente da vontade e autonomia masculina, tanto quanto fomenta-se para a mulher.

A linha de compreensão que se firma é no sentido de que se ampara o direito de registro da criança concebida através da inseminação póstuma, sendo devida a qualificação paterna em sua certidão, desde que apresentados os documentos devidos. Todavia, ressalte-se que mesmo não havendo esse documento de autorização prévia, nos moldes que traz o provimento, coaduna-se o entendimento de que, ainda assim, deve-se proceder com a lavratura do Registro Civil do Nascimento, por ser ele pilar da identidade genética dos indivíduos, instrumento dos direitos de personalidade e sede de todos os outros direitos fundamentais, se sobrepujando às normas de caráter meramente regulamentar.

#### **4.2.2 Do Direito à Verdade Biológica e à Convivência com ambos os Pais**

Dentre os direitos fundamentais elencados pela Constituição hodierna encontram-se os direitos de personalidade, que possuem tipicidade aberta podendo estar previstos

---

<sup>83</sup>Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional advindos de uma interpretação sistêmica decorrente do princípio da dignidade humana. Nesse sentido é o entendimento de Ascensão<sup>84</sup>:

[...] em matéria de direitos da personalidade não pode ser assim, porque a defesa da personalidade não pode estar dependente de previsão legal. O que for verdadeiramente emanção da personalidade humana tem de ser reconhecido por todos, porque a personalidade é a própria base comum do diálogo social. Pode por isso ser atuando um direito não tipificado por lei, mas que se reconheça ser imposto pelo respeito à personalidade humana.

No rol dos direitos à personalidade, é garantido a cada pessoa o conhecimento da sua origem genética que consiste no direito de conhecer os pais biológicos, sua origem e dados genéticos e sua história pessoal. Independentemente de ter um “pai”, conhecer seu genitor consiste em direito personalíssimo, indisponível e intransferível, isso enseja que o seu exercício não pode sofrer óbice por parte de nenhum dos genitores, tampouco pela Lei. Nos dizeres de Paulo Lôbo<sup>85</sup>:

[...] o objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. Esse direito é individual, personalíssimo, não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido.

O direito ao conhecimento da origem genética por trazer uma maior complexidade acarreta uma série de discussões sociais e jurídicas que precisam ser discutidas. Há quem a coloque como uma forma de proteção à integridade física relacionada à prevenção de doenças genéticas e como forma de prevenção de matrimônios entre ascendentes e descendentes, conforme esclarece Antunes Varela<sup>86</sup>:

Não apenas por motivos de ordem eugênica, para melhor diagnosticar e combater os germes das doenças ou anomalias que herdou, não só por motivos de caráter sócio jurídicos, como seja o de prevenir essa maldição sem nome das relações incestuosas; mas principalmente por amor à própria verdade, para cada um saber quem foram seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenômeno capital do nascimento.

---

<sup>84</sup>ASCENSÃO, José Oliveira. *Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

<sup>85</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

<sup>86</sup>VARELA, Antunes. *A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 15. Rio de Janeiro: 1993, p. 35.

Imperioso ressaltar que, o direito de personalidade e de conhecimento da origem genética não se confunde com o estado de filiação, este conforme destacado alhures decorre dos laços afetivos construídos da relação entre pai e filho, ou mãe e filho, e que se torna essencial para a configuração da maternidade e/ou paternidade socioafetivas, por exemplo.

Por outro lado, para garantir-se o direito à origem genética não há necessidade de atribuição de paternidade, tampouco altera o vínculo de parentesco porventura já estabelecido anteriormente, como ocorre com a fecundação artificial heteróloga. Tanto é que a investigação de paternidade altera automaticamente o registro civil, mas a investigação de origem biológica não tem o condão de gerar direitos e obrigações patrimoniais nem pessoais.

Desse modo, impossível não considerar o estado de filiação decorrente da inseminação artificial homóloga *post mortem* visto que o nascimento do filho adveio da autonomia de vontade dos genitores, do pai por ter se submetido à coleta do seu material genético para proceder com a fertilização, mesmo diante da ausência de sua autorização acerca da sua destinação após sua morte, e da mãe que empreendeu a decisão de fecundação artificial.

Ademais, a reprodução humana assistida homóloga utiliza o material genético proveniente do próprio casal, tendo como fundamento a origem genética e estabelecendo com isso o vínculo consanguíneo entre pai e filho. Nesses casos, portanto, deve prevalecer a origem biológica quando do estabelecimento da paternidade daquele que fora concebido pela técnica de inseminação *post mortem*, independentemente do decurso temporal de efetivação da técnica, uma vez que não há prescrição do direito ao conhecimento da origem genética e da paternidade, devendo tal garantia estender-se aos filhos nascidos de pai já falecido com vistas a resguardar o princípio da isonomia constitucional.

Por seu turno, o direito à convivência com os pais também se configura como direito de personalidade e, portanto, é reconhecido como direito fundamental, e integra o desenvolvimento da personalidade dos filhos e também dos pais, já que as relações familiares são sempre complementares.

Para Paulo Lôbo<sup>87</sup>, a convivência familiar é a relação afetiva duradoura estabelecida pelas pessoas que compõem o núcleo familiar, ressalvando que essa

---

<sup>87</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 3 ed. . São Paulo: Saraiva, 2010, p 68-69.

convivência não contempla precipuamente o espaço físico, mas sim um ambiente comum, que elenca uma noção de pertencimento.

Nessa seara surge o questionamento jurídico em torno da inseminação artificial *post mortem*, na qual a criança gerada já nascerá privada da convivência concomitante com o pai e com a mãe. Para parte da doutrina não é viável o desenvolvimento saudável de uma criança sem a presença da figura materna e paterna por se referirem à existência de um direito a biparentalidade.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite<sup>88</sup>, toda criança tem direito de se desenvolver em um ambiente normal, sendo esse normal para o autor, configurado pela presença do pai e da mãe, como forma de construir sua personalidade, de modo que do ponto de vista ético a inseminação *post mortem* somente seria utilizada em caso de esterilidade ou hipofertilidade.

Mônica Aguiar<sup>89</sup>, sustenta ser necessário assegurar ao nascido o direito a biparentela, o que tornaria ilegal a permissão de conceber um filho já órfão. Por seu turno, Roberto Wider<sup>90</sup> afirma que “é direito inderrogável da criança desfrutar da estrutura familiar biparental”, e que esta decorre do princípio constitucional do melhor interesse da criança.

Cita-se ainda Luciana Auto<sup>91</sup>, que entende que a constituição de uma família monoparental não pode ser opcional e que um projeto familiar que conduza a esse modelo não é legítimo.

Conquanto os argumentos trazidos acima, nota-se que parte da doutrina brasileira tende a resistir ao modelo de família monoparental, o que não se encontra em sintonia com as premissas constitucionais de superação do paradigma de família tradicional tendo em vista a extensão da proteção conferida a essas entidades, fato que já tratamos em momento oportuno e que não mais carece de redundâncias. Diante disso, e das inúmeras contradições que permeiam a ideia famílias necessariamente biparentais, ousamos apontar algumas discordâncias, com a máxima vênia.

---

<sup>88</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 355.

<sup>89</sup>AGUIAR, Monica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 160.

<sup>90</sup>WIDER, Roberto. *Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 79.

<sup>91</sup>AUTO, Luciana da Fonseca Lima Brasileiro. *Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito*. Disponível em:

<<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10686/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Luciana.pdf>>  
. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

Não se pode concordar que o modelo de família composto por ambos os genitores seria o único capaz garantir os interesses da prole, pois cada estrutura familiar se adapta aos valores vigentes de cada época. A este respeito importa trazer o entendimento de Paulo Lôbo<sup>92</sup> sobre o assunto, para ele “não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais”.

Questiona-se nesse ponto a premissa de muitos autores, para os quais o atendimento ao melhor interesse da criança será o de conviver em uma família biparental, no entanto, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>93</sup> defende que não existe um modelo preconcebido do que seja melhor para o desenvolvimento da prole, mas que essa garantia começa quando se desvincula as barreiras de preconceito e estigmatização, e se evita um julgamento moral pejorativo que possa interferir negativamente no menor.

Não nos parece razoavelmente racional falar em modelos familiares normais nos dias de hoje, ou que os núcleos que divergem desse modelo contrariam substancialmente os direitos dos sujeitos que os compõe, pois conforme sustenta Ferraz<sup>94</sup>:

[...] o que se deve ter em conta é se o genitor isolado fornece todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto, de forma que não se pode considerar que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida para formação da família monoparental, de antemão, não atenda ao interesse da criança.

Entende-se que a reprodução assistida é uma questão associada ao direito à autonomia de vontade e liberdade individual, o que não justifica restringi-la a um único grupo de pessoas, de preferência casais heterossexuais com base em uma visão ultrapassada de família. Além disso, o crescimento de uma criança em família monoparental não deve constituir por si só, fator impeditivo para a realização da procriação póstuma<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios do direito de família brasileiro*. In: Revista brasileira de direito comparado, n.35, jul/2008, p. 140.

<sup>93</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 158.

<sup>94</sup>FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3830>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

<sup>95</sup>BELTRÃO, Silvio Romero. *Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife: CCJ/UFPE. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402_1.pdf)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

O direito de convivência familiar não requer necessariamente a presença do pai e da mãe, já que ela se firma pelos laços de afeto e afinidade decorrentes das relações entre os membros de cada grupo familiar e isso fica evidente quando adentramos na seara da adoção uniparental, onde a lei não enxerga nenhum empecilho ao desenvolvimento adequado da criança. De igual modo, a lei não retira o direito das famílias monoparentais oriundas de circunstâncias que não decorrem da vontade das partes, e que são chefiadas em sua maioria por mulheres, de manter a guarda e o cuidado para com os filhos.

Isso por que não existe nenhuma comprovação eficaz de afetação negativa para a criança crescer ou nascer em uma família monoparental. Quando inquiridas a este respeito 68,8% das mulheres afirmam que não há qualquer prejuízo ao desenvolvimento das crianças crescerem em uma família composta apenas pela mãe, sem a figura paterna. Contudo, 20% ainda acreditam que talvez essa composição familiar possa causar algum tipo de prejuízo a essas crianças<sup>96</sup>, o que apenas corrobora para o entendimento de haver grande discriminação aliada a uma ignorância sintomática sobre a questão.

Não se pode olvidar que estas sejam toleradas somente por se afigurarem como um mal menor para a criança que já fora abandonada ou que teve o vínculo familiar desfeito. Apesar disso, não é mais concebível a hierarquização familiar no atual estágio de avanço social e jurídico, vez que são igualmente válidos os projetos parentais e o livre planejamento familiar limitados pelo princípio da parentalidade. Com isso, se presume que todas as entidades familiares são capazes de atender aos interesses da prole.

Percebe-se que a biparentalidade não é mais requisito essencial no nosso ordenamento para garantir o desenvolvimento emocional, psíquico e social da criança. Embora ela ainda assuma papel de modelo clássico, não tem o condão de afastar a inseminação póstuma, principalmente se já houve o projeto biparental antes do falecimento do genitor.

Destarte, entende-se, haja vista todo o exposto, que a família composta por ambos os genitores concomitantemente não se sobrepõe à família monoparental, nem garante unicamente os interesses da criança. Outrossim, se o ordenamento jurídico pátrio assente que o planejamento familiar pode ser empreendido por uma pessoa sozinha, por conseguinte se reconhece que esse indivíduo é capaz de prestar o mínimo necessário ao

---

<sup>96</sup>DADOS DE PESQUISA DE CAMPO. Questionário n. 01. *Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade*. Disponível em: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

desenvolvimento da prole, precipuamente o afeto, e cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar.

Isto posto, há que se admitir de igual forma que um casal que manteve um projeto parental em conjunto, não pode extingui-lo vindo um deles a óbito, posto que o sobrevivente continua titular do direito ao planejamento empreendido e da expectativa da concepção, afirmando-se com isso, que a não convivência com o pai já falecido após a concepção não se apresenta como fundamento apto para obstar a reprodução póstuma.

#### **4.2.3 Da Busca pelo Melhor Interesse da Criança em face da Colisão de Direitos**

A origem da fundamentação que permeia o princípio do melhor interesse da criança adveio da necessidade de proteger as pessoas incapazes e suas propriedades, em especial os sujeitos em desenvolvimento. A premissa maior que norteia esse elemento implica na prioridade que se deve dar quando da elaboração das políticas públicas e sua execução como forma de se garantir os interesses da infância e da adolescência.

Consagrado no artigo 227<sup>97</sup> da CF/88 e no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>98</sup>, o legislador potencializa a proteção destinada às crianças e condizentes com sua situação, despontando para o integral desenvolvimento de sua personalidade. Nessa seara, Paulo Lôbo<sup>99</sup> conceitua como referido princípio da seguinte maneira:

Significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados como prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

Percebe-se que o princípio em tela inverte a ordem de prioridade de proteção, de modo que a criança passa a assumir o papel de protagonista nas relações familiares, não mais sendo considerado objeto da relação dos pais, mas sujeitos de direitos.

---

<sup>97</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

<sup>98</sup>Art. 6. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71

Para muitos autores, esse princípio se configura como uma regra de interpretação tendo um viés hermenêutico que, nos dizeres de Pereira<sup>100</sup>, “deve ser considerado fonte subsidiária de aplicação da norma” se tratando de uma norma de interpretação e de aplicação supletiva. A partir dessa perspectiva, abre-se a possibilidade de que no caso concreto uma determinada disposição venha a contrariar algum interesse da criança, de modo que pode o juiz decidir contrariando o previsto na lei.

Fato é que esse princípio deve nortear toda e qualquer decisão envolvendo crianças e adolescentes, tanto por parte do judiciário como pelos pais, e será válido tanto para os conflitos entre crianças e terceiros quando em relação aos direitos dessas crianças, devendo, contudo sempre proceder a uma análise do caso concreto, dado que cada situação envolve sujeitos e condições peculiares, não sendo viável estabelecer critérios gerais para situações singulares.

Não se pode discutir que o melhor interesse é aplicado nas relações familiares e que estas são permeadas por uma gama de arranjos que desencadeiam inúmeras situações e conflitos, de modo que os critérios que o determinam não podem mesmo estarem fixados através da norma. Em face disso Heloisa Helena<sup>101</sup> dispõe que o conteúdo do princípio em si é indeterminado e não pode ser estabelecido de maneira aleatória. Desse modo, compete ao julgador buscar um norte através de diretrizes para alcançar sua aplicação, visto que, somente analisando-se os diversos fatos que circundam as relações é que se poderá tentar chegar ao melhor interesse.

Portanto, a indeterminação do conceito ou da aplicação do princípio deve ser vista de forma positiva, já que se pode através disso utilizá-lo nas mais diversas situações. Caso assim não o fosse, a probabilidade de sua incidência em nuances restritas à adequação legal imporia em muitos casos uma análise que contrariasse a gênese do princípio e surgissem situações que de fato não atendessem ao interesse do menor, como ocorre, por exemplo, com sua colocação em família substituta diante da negligência dos pais.

Embora esse argumento constatare que o conceito em estudo seja vago, faz-se necessário estabelecer critérios objetivos mínimos atrelados às relações de afeto, de vida e sociais de modo a que sejam sopesados para cada situação diferente. Esses critérios

---

<sup>100</sup>PEREIRA, Tânia da Silva. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.123.

<sup>101</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

devem oportunizar o carinho, o afeto e as condições mínimas para o desenvolvimento saudável e a sua integridade moral, física e emocional.

Desta feita, importa-nos esclarecer que o princípio do melhor interesse da criança não assegura simplesmente inserindo a criança em uma família biparental, mas antes pela circunstância da vontade e do desejo de tê-la, do respeito que irá permear a relação de pai e filho e o amor e o afeto que deve ser o núcleo fundante de toda e qualquer relação familiar.

Sob esse prisma, compreende-se que não fere o princípio do melhor interesse da criança sua concepção após o falecimento do seu genitor, desde que haja a garantia dos seus direitos fundamentais precípuos de conviver em um ambiente harmonioso, saudável, em que há respeito mútuos pautadas em relações de afeto, solidariedade e fraternidade entre seus membros. Ante o ulterior projeto parental perquirido pelo casal constata-se a vontade em constituir prole, nesses casos busca-se ponderar cada situação com base nos parâmetros mínimos capazes de garantir o desenvolvimento de cada criança.

#### 4.3 DA APLICAÇÃO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NA BUSCA PELA SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA

A sociedade contemporânea abrange uma enorme pluralidade cultural e social que divergem em determinados momentos sobre um mesmo assunto. Essa diversidade encontra-se presente também em nível constitucional, que enseja os embates entre as normas no tocante ao seu entendimento e aplicação. A partir desse fato, busca-se uma solução para os eventuais conflitos surgidos da colisão entre princípios, uma vez que não há hierarquia entre eles e não considerados como normas absolutas.

A solução então, consiste na busca por um equilíbrio entre os princípios jurídicos conflitantes na sua aplicação ao caso concreto, através da técnica da ponderação, que em virtude do alto grau de abstração e relatividade dos princípios permite-se um sopesamento entre eles.

A ponderação, para Barcellos<sup>102</sup>, consiste em uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos envolvendo valores políticos ou opções políticas, insuperáveis pelas técnicas hermenêuticas tradicionais. Consiste então, em método de aplicação de princípios com o escopo de prestação jurisdicional, buscando objetividade na sua

---

<sup>102</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83.

aplicação através da tríade normativa, fática e axiológica, destinando a solucionar antinomias complexas, e que muitas vezes as decisões judiciais são tomadas com base em critérios que não se encontram no texto jurídico.

Contudo, mister se faz distinguir a diferença entre a ponderação de princípios e a ponderação de interesses. Essa ponderação é tida como decorrência natural da vida social, capaz de externar todas as pretensões relevantes de modo que para Larenz<sup>103</sup> as leis são “instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis e típicos entre particulares ou grupos sociais, de tal modo que um interesse tenha que ceder a outra na exata medida em que este possa prevalecer”. Nesse ponto surgiria a necessidade de arbitramento entre os interesses conflitantes requerendo do direito uma razoável proteção.

Com isso compete ao juiz, do mesmo modo que ao legislador (e muito mais a esse) decidir acerca desses conflitos de interesse, impondo uma racionalidade e imparcialidade de discurso já que o conflito se relaciona com a atribuição de valores a vida, isto é, abstrações que não podem ser mensuradas quantitativamente, de modo que a ponderação de interesses não se insere em método matemático de solução, mas antes deve buscar ser o mais prudente possível.

Para isso é necessário estabelecer critérios metodológicos para a resolução dos conflitos que permitam a orientação mais racional da decisão, pois conforme salienta Humberto Ávila<sup>104</sup> “a ponderação sem uma estrutura, e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito”.

O juiz deve, portanto, aferir o alcance e extensão dos direitos, primando pela eficácia e harmonia entre eles sempre adequando ao interesse que figura no caso concreto. Nesse sentido, é importante trazer novamente a compreensão de Larenz<sup>105</sup> acerca da ponderação do interesse com uma vertente jurisprudencial.

Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a Jurisprudência de Interesses – embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma actuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista. E isto em medida tanto maior quanto aconselhou idêntico processo para o preenchimento das lacunas das leis, abrindo desta sorte ao juiz a possibilidade de devolver ao direito não apenas “na fidelidade à lei”, mas em harmonia com as exigências da vida.

---

<sup>103</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 164.

<sup>104</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da Definição a Aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

<sup>105</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 69.

Porquanto, a legitimidade na ponderação de conflitos de interesses não reside nos enunciados normativos, ao revés, a técnica encontra legitimidade a partir da sua capacidade de justificação e racionalização, alheia a qualquer subjetivação ou valoração pessoal, já que o aplicador deve sempre respeito ao ordenamento e com primazia à Constituição, não podendo nenhuma decisão contrariar os fatos do caso concreto.

Através da fundamentação da sua decisão, o juiz deve demonstrar que as motivações de fato e direito determinaram sua convicção na prestação jurisdicional do Estado, sem a qual torna-se nula. Essa fundamentação assegura um julgamento livre do arbítrio do juiz e garante um esclarecimento sobre a decisão, servindo também de limitador à ponderação de interesse tendo em vista o alto nível de subjetividade que ele acarreta.

Com base nisso, a exposição de motivos e fundamentação crítica realizam o controle da ponderação e sua incidência com fulcro na razoabilidade e proporcionalidade.

Nota-se portanto, que a ponderação de princípios é substancialmente diferente da ponderação de interesses, com bases teóricas distintas e que por isso não devem ser tratadas pelos magistrados de forma igualitária, com as mesmas imposições e regras.

Um outro limite imposto à ponderação e que serve de estio para a segurança jurídica consiste na retirada através do caso concreto do núcleo essencial da norma de um direito fundamental, e que deve ser em qualquer situação intangível. É segundo esse entendimento que permite-se uma eventual restrição constitucional de um direito fundamental.

Nesta senda, o núcleo de uma norma de direito fundamental somente poderia ser extraído a partir das nuances obtidas da situação concreta, ou seja, mediante o conflito juridicamente analisado, de tal modo que com base no método concretista abre-se espaço para a aplicação da técnica de ponderação de interesses face a direitos fundamentais, sem que reste para este algum prejuízo quando da sua compensação.

Antes de termos um paralelo entre a ponderação e interesses e o princípio da dignidade humana, cumpre de antemão oportunizar um breve estudo da introdução de tal princípio no âmbito jurídico.

A inserção da dignidade humana no ordenamento jurídico foi mérito dos estudos filosóficos acumulados durante séculos, e que teve como percussor Kant, que buscava uma compreensão ética da natureza humana, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de 1785.

A partir do amadurecimento do pensamento social, a dignidade humana deixa o campo teórico e passa a ser positivado como direito na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pelas Nações Unidas em 1948. A partir de então estabeleceu-se como eixo essencial ao Estado Democrático de Direito. No ordenamento pátrio está consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal<sup>106</sup>, e sua incidência alcança tanto dos direitos como as garantias constitucionais, resguardando a vida, sua integridade, a personalidade, a honra e as liberdades individuais.

Oportuno apregoar a definição de Sarlet<sup>107</sup>, cujo teor semântico ilumina o entendimento acerca da dimensão contudística do princípio da dignidade da pessoa humana, a saber:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana posiciona o indivíduo como centro do universo jurídico, devendo-lhe máxima proteção se individualmente ou socialmente considerado, especialmente quando se tratar da incidência de direitos específicos. Muito embora o legislador constitucional não tenha estabelecido privilégios a nenhum direito em específico, há que se pensar que a existência de cláusulas pétreas e a importância destinada ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem importante papel na ordem jurídica. Logo, em um eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio devem ser cuidadosamente sopesados.

Porém, apesar de tal princípio figurar como cerne das demandas jurídicas ele deve ser compreendido como direito fundamental, ressaltando que não há nenhum direito que seja absoluto e que não possa se sujeitar a ponderações e adequações quando em conflito com outros. A solução a ser proposta deve se basear a cada caso, procurando sempre harmonizar os interesses que os envolvem, conforme ensinamento do professor Sarmento

---

<sup>106</sup>Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. Senado Federal. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988.

<sup>107</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

ao dizer que “a dignidade da pessoa humana afirma-se como principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”<sup>108</sup>.

Isto posto, têm-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento basilar de todo o ordenamento jurídico e tem como objetivo assegurar ao indivíduo o direito ao mínimo de proteção aos seus direitos, a sua existência, a sua vida e o gozo da proteção estatal.

Tal princípio possui grande relevância para as discussões no Direito de Família, sendo amplamente utilizado para respaldar decisões e interpretações normativas que envolvam as relações familiares conforme ressalta Berenice<sup>109</sup>:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Expõe-se pois, como mais do que um princípio que almeja a sobrevivência, ou a vida plena, livre de quaisquer intervenções estatais, ele se amplia e reforça a valoração de fundamentos humanos, de respeito à existência e as suas possibilidades afetivas que concorrem para a conquista da felicidade.

Essa busca pela felicidade e realização pessoal é a ideia central da formação dos grupos familiares advindos dos laços afetivos que unem os sujeitos em prol de um bem-estar em comum, essa formação pautada nas inovações tecnológicas e no avanço da medicina, que possibilita o nascimento de um novo ser como ente familiar por meio dos procedimentos de reprodução artificial, estará de acordo com a Dignidade Humana se assim o for a vontade dos cônjuges devidamente comprovada, não importando em vida destes ou em procedimento *post mortem*, se essa vontade se expressou de forma específica ou apenas com o animus de promover a fecundação a partir da preservação do material genético.

Neste viés, sociedade e Estado devem pautar o máximo respeito para com a inovação respaldada no texto constitucional, pois o contrário incidiria em uma redução da capacidade humana e da sua plena convivência no seio comunitário. O princípio da dignidade da pessoa humana, aliada com as demais normas jurídicas, respalda o

---

<sup>108</sup>SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 74.

<sup>109</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 48.

ordenamento jurídico dando-lhe arrimo axiológico indispensável para que se atinja a harmonização e conhecimento na aplicação da matéria.

Destarte, sendo a entidade familiar instrumento de realização pessoal, estando a sua idealização assentada em um projeto parental do casal em vida, mas obstado por circunstâncias alheias à vontade e ao desejo de ambos, e tendo o material genético sido depositado em banco genético com o intuito da fecundação, e não para estudos, exames ou análises laboratoriais, ainda que o cônjuge falecido não tenha deixado documento específico acerca da sua vontade e tendo a parceira a vontade de prosseguir com tal projeto, não subsiste motivo que justifique a sua frustração e o seu direito ao livre planejamento familiar.

Não se pode conceber a negativa em permitir que uma mulher empreenda um projeto familiar sozinha, desde que se garanta os melhores meios para a criação e desenvolvimento da futura prole, que não consiste em hipótese alguma nascer em uma família biparental, e desde que esse projeto tenha sido sonhado pelo casal, quando o pai ainda era vivo, essa possibilidade pode ser facilmente detectada com a inquirição do caso concreto, que também deverá subsidiar a técnica de ponderação de interesses ante a permissão para a realização do procedimento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolvido o estudo proposto e constatando que a ideia de filiação não se restringe mais às ligações genéticas ou jurídicas que a sustentam, mas assim com o conceito de entidade familiar, ela se amplia para se caracterizar a partir dos vínculos afetivos que permeiam a relação pais e filhos, estando superada a antiga premissa de presunção de paternidade vinculada estritamente ao seu fator biológico.

Dessa forma é que as famílias constituídas a partir das técnicas de inseminação homóloga ou heteróloga puderam resguardar e angariar direitos e garantias a partir da Constituição Federal e do Código Civil, não mais havendo que se falar em diferenciação para a lei ou para o judiciário, de modo que os filhos provenientes dessas técnicas recebem tratamento igual conferido pelo princípio da isonomia filial.

Embora os avanços biomédicos tenham ampliado as possibilidades de concepção, até certo ponto o direito não acompanhou essa evolução científica e deixou de regulamentar situações que foram surgindo com as técnicas de RHA. A exemplo disso, temos a inseminação artificial *post mortem*, que gera uma enorme lacuna na legislação pátria especificamente no tocante ao direito familiar e sucessório. Com isso, fez-se surgir inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais diferentes para tratar o tema, entre a capacidade sucessória do filho nascido após a morte do autor da herança, questão superada na presente pesquisa com respaldo na Constituição Federal que determina ser direito fundamental a herança.

Além desse embate, surgiram questionamentos acerca da possibilidade de se promover com a fecundação póstuma já que não teria o legislador mencionado especificamente sobre ela. Contudo, embora não haja previsão expressa, extrai-se de inúmeros dispositivos e normas a sua viabilidade, já que o legislador, embora não tenha permitido de modo mais alusivo, também não a proibiu. Fato que levou muitas requerentes a solicitarem na justiça a realização do procedimento, conforme explanado nas análises jurisprudenciais feitas ao longo do estudo.

À medida que surgiram as demandas sociais o julgador, diante da total ausência normativa, buscou através da hermenêutica o atendimento dos pleitos. Embora haja o regulamento do Conselho Federal de Medicina condicionando que a realização do procedimento pela clínica se dê somente mediante autorização expressa do cônjuge falecido, os primeiros julgados não foram nesse sentido. Houve de início uma forte

tendência de considerar o *animus* dos agentes, especialmente do falecido que já preserva seu material para a fecundação, do que a disciplina de uma norma não cogente.

Contudo, à medida que surgiam doutrinadores questionando a presunção da paternidade nos casos de inseminação *post mortem*, o direito sucessório, os direitos dos filhos advindos dessa concepção e os próprios contornos dessa relação familiar, passou-se a perceber que o entendimento dos tribunais tomou novo rumo, exigindo como fator preponderante e condição *sine qua non* a manifestação por escrito da vontade do marido ou companheiro que o seu material genético fosse destinado à fecundação da sua esposa.

Conforme evidenciou-se, por meio de inúmeros apontamentos, sociais, históricos, culturais e de certa forma psicossociais, a norma tal qual ela está e como vem sendo aplicada só atende a um propósito: condicionar a maternidade à vontade paterna, mesmo que esta seja evidenciada de inúmeras formas, e limitar a autonomia de vontade dos agentes que desejam constituir a prole. Isto por que, como fora exposto, ainda circunda na sociedade a premissa da submissão feminina e a não aceitação da sua livre escolha. Apesar disso, essa questão também encontra-se superada, já que as pesquisas de campo evidenciam que o pensamento feminino se coaduna com a total possibilidade de escolha e de ação da mulher sobre o seu próprio corpo, sobre a maternidade e sobre a criação de um filho.

A partir dessa análise, harmonize-se a presente pesquisa com o entendimento de ser dispensável a manifestação de vontade do cônjuge falecido para que a mulher possa proceder com a fertilização póstuma, desde que já tenha havido a preservação do material genético com o intuito de fecundação e que já houvesse entre o casal o desejo premente de gerarem um filho, isto por que se atenderia com maior precisão aos direitos constitucionais de livre planejamento familiar e autonomia de vontade do casal. Além do mais, não se imporá a nenhum sujeito formalismos desarrazoados, julgamentos arbitrários e normas abstratas.

Ressaltou-se no presente estudo que o nascimento e desenvolvimento de uma criança em uma família monoparental, ou seja, que a ausência da figura paterna não comprometerá seus direitos básicos de identidade, convivência familiar, registro civil, herança, conhecimento genético e biológico. Tanto por que essas premissas básicas são previstas constitucionalmente e não pode incidir qualquer dúvida quanto a sua garantia, seja por parte da mãe, do Estado e da própria sociedade. É nesse sentido que, de encontro com alguns doutrinadores asseveramos não ser esse um argumento válido para obstar a realização da inseminação *post mortem*.

Vê-se, portanto, que diante das inúmeras discussões acerca da problemática o que emana como fator preponderante para dirimir os conflitos são os princípios Constitucionais basilares. É através da ponderação desses princípios atrelados essencialmente à dignidade humana, que é o cerne da construção interpretativa de qualquer norma, que se pauta os fundamentos favoráveis à concepção póstuma.

Oportuno salientar que nenhum estudo, debate, posicionamento ou apontamento substituem a necessidade de atuação legislativa para a problemática exposta, ao contrário, busca-se por meio desta pesquisa trazer para a discussão novas visões, argumentos e propostas que sirvam de estio para uma análise legal e interpretativa do tema, tendo em vista sempre manter a correspondência necessária com os princípios fundamentais que regem a vida em comunidade.

A par disso, olvidamos ser imperioso a criação de uma lei que discipline a questão de forma clara e específica, que atenda aos interesses de todos os sujeitos envolvidos na relação, e que assente sua principiologia com a correta correlação aos fatos e demandas sociais, de modo que, o mais breve possível se garanta uma maior segurança jurídica aos demandantes.

A técnica de reprodução humana medicamente assistida post mortem é um assunto ainda não resolvido no ordenamento jurídico, o que implica em diversas interpretações e gera consequências em vários ramos do Direito Sucessório, Direito de Família e, principalmente, no Direito Constitucional, repositório das diretrizes principiológicas, cuja supremacia da Constituição Federal de 1988 requer respeito e aplicabilidade.

## REFERÊNCIAS

ABUCHAIM, Beatriz de Oliveira. Et al. **Importância dos vínculos familiares na primeira infância: estudo II**. 1. ed. Organização Comitê Científico do Núcleo pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2016.

AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf)> Acesso em 03 de julho de 2019.

ALVEZ, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução Medicamentosa Assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética**. Disponível em: <[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/883/975](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975)>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

ASCENSÃO, José Oliveira. **Os direitos de personalidade no Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-OS-DIREITOS-DE-PERSONALIDADE-NO-CODIGO-CIVIL-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

AUTO, Luciana da Fonseca Lima Brasileiro. **Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito**. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10686/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Luciana.pdf>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da Definição a Aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado: o mito do amor materno**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **Cuidado e Responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público do União**. Brasília, 2007. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC\\_22e23\\_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7810/BC_22e23_Art06.pdf?sequence=2&isAllowed=y)>. Acesso em 06 de junho de 2019.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife: CCJ/UFPE. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402\\_1.pdf](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3775/1/arquivo402_1.pdf)>. Acesso em: 03 de julho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **ENUNCIADO 106 CJF/STF da I Jornada de Direito Civil (2002)**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em: 09 de julho de 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

BRASIL. **Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317508>>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 29 de junho de 2019.

CORRÊA, Sônia; JANNUZZI, Paulo de Martino; ALVES, José Eustáquio Diniz. **Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores**. Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP). Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/livros/article/view/142>>. Acesso em: 26 de julho de 2019.

DADOS DE PESQUISA DE CAMPO – **QUESTIONÁRIO N. 01. Inseminação Artificial Post-Mortem e suas Implicações quanto à Filiação: Da Ponderação do Direito à Maternidade Versus o Direito à Paternidade**. – construídos a partir da aplicação de 215 (duzentos e quinze formulários digitais), em consulta eletrônica “in loco” à base geográfica da cidade de Natal/RN, no período de 05.04.2019 a 30.06.2019. A prospecção das perguntas e abordagem do público-alvo foi feita integralmente pela própria autora da pesquisa. VIDE os gráficos de respostas dos questionários em anexo. Link dos Questionários Completos: <<https://forms.gle/UECygpPV92bEuium9>>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Autos nº 2008 01 1 149300-2**. Diário de Justiça do Distrito Federal. Distrito Federal, 18 de junho de 2015, p. 82. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/94147333/djdf-18-06-2015-pg-82?ref=serp>>. Acesso em: 27 de julho de 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Autos nº 2008 01 1 149300-2**. Diário de Justiça do Distrito Federal. Distrito Federal, 18 de junho de 2015, p. 82. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>>. Acesso em: 24 de julho de 2019.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3830>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/423/novosite>>. Acesso em 15 de junho de 2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação. O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o ECA. In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.968/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As Inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Giselda%20Maria%20Fernandes%20Novaes%20Hironaka>>. Acesso em: 09 de junho de 2019.

Juiz autoriza inseminação com sêmen de marido morto. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/juiz-autoriza-inseminacao-com-semen-de-marido-morto.html>>. Acesso em 24 de julho de 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

LISBOA, Teresa Kleba. **O Empoderamento como estratégia de inclusão das mulheres nas políticas sociais**. Seminário Internacional Fazendo Gênero: Corpo, Violência e Poder. Disponível em: <[http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST11/Teresa\\_Kleba\\_Lisboa\\_11.pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST11/Teresa_Kleba_Lisboa_11.pdf)>. Acesso em: 30 de agosto de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Disponível em: <[jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade#ixzz27ElrEcDq](http://jus.com.br/revista/texto/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade#ixzz27ElrEcDq)>. Acesso em: 25 de julho de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4752/direito-ao-estado-de-filiacao-e-direito-a-origem-genetica>>. Acesso em 30 de agosto de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 3 ed. . São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301 do STJ**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/37.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf)>. Acesso em 07 de junho de 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios do direito de família brasileiro. In: **Revista brasileira de direito comparado**, n.35, jul/2008.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional das crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Renovar, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PARANÁ. 13ª Vara Cível de Curitiba. **Autos n. 27862/2010**. Diário de Justiça do Estado do Paraná, 14 de maio de 2010, p. 679. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>>. Acesso em 24 de julho de 2019.

PERERIA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito e família**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Estatuto da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROCA, Laura Rodriguez. **Reprodução humana assistida post mortem e seus efeitos jurídicos no direito de família**. Disponível em: <[http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/laura\\_roca\\_2016\\_1.pdf](http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/laura_roca_2016_1.pdf)>. Acesso em: 24 de julho de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Autos nº 583.00.2008.138900-2/000000-000**. Diário de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 21 maio 2008. p. 498. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>>. Acesso em: 24 de julho de 2019

SILVA, Andressa Corrêa. **Reprodução Assistida: da Realização do Projeto Parental ao Risco da Mercantilização do Ser Humano**. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=140808](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=140808). Acesso em: 30 de julho de 2019.

SOS CORPO – GÊNERO E CIDADADINA. **Conversando sobre direitos sexuais e reprodutivos**. Série saúde preventiva. Disponível em: <http://www.soscorpo.org.br/download/direitos.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2019.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. v.6. 2 ed. e atual. São Paulo: Método, 2008.

VARELA, Antunes. **A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro**. Revista Brasileira de Direito Comparado, nº 15. Rio de Janeiro: 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WAS. **Declaração Universal dos Direitos Sexuais**: Durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto 2000 a Assembleia Geral da WAS – World Association for Sexology, aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia. Disponível em: <<http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Portuguese.pdf>>. Acesso em 26 de julho de 2019.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

## APÊNDICE

### APÊNDICE A - Resumo das respostas colhidas na pesquisa de campo através do questionário realizado com o público feminino.

Tabela 1: Qual o seu nível de conhecimento acerca da temática "inseminação artificial *post-mortem*"?

Resposta	Número de entrevistadas	Porcentagem
Muito	1	0,5%
Razoável	53	24,7%
Pouco	93	43,3%
Nenhum	68	31,6%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 2: Qual a sua faixa etária?

Resposta	Número de entrevistadas	Porcentagem
18 a 25 anos	86	40%
25 a 35 anos	80	37,2%
35 a 45 anos	30	14%
45 a 55 anos	19	8,8%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 3: Qual o seu estado civil atual?

Resposta	Número de entrevistadas	Porcentagem
Solteira	116	54%
Casada	69	32,1%
Em união estável	17	7,9%
Divorciada	10	4,7%
Viúva	3	1,4%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 4: Você tem filhos?

Resposta	Número de entrevistadas	Porcentagem
Sim	138	64,2%
Não	77	35,8%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 5: Se tem filhos, quantos?

Resposta	Número de entrevistadas	Porcentagem
Um	37	17,2%
Dois	28	13%
Três	10	4,5%
Quatro ou mais	2	0,9%
Não possuo filhos	138	64,2%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 6: Você concorda com a possibilidade de inseminação artificial homóloga?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	150	69,8%
Não	12	5,6%
Talvez	53	24,7%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 7: Você concorda com a possibilidade de inseminação artificial homóloga *post mortem*?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	117	54,4%
Não	31	14,4%
Talvez	67	31,2%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 8: Você considera que a mulher tem ou deve ter o domínio do seu próprio corpo?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	199	92,6%
Não	2	0,9%
Em algumas situações	14	6,5%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 9: Você considera que é decisão da mulher escolher engravidar e gerar filho independente de ter ou não um companheiro?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	202	94%
Não	13	6%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 10: Você concorda que a fecundação artificial post-mortem está relacionada com a autonomia da mulher no livre exercício do direito à reprodução?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	175	81,4%
Não	40	18,6%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 11: Na sua opinião, é prejudicial ao desenvolvimento de uma criança crescer em uma família monoparental, especialmente naquelas compostas apenas pela genitora?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	24	11,2%
Não	148	68,8%
Talvez	43	20%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 12: Você acredita que o filho gerado através da inseminação artificial post-mortem pode ter comprometidas a sua convivência e relação com a família paterna?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim	62	28,8%
Não	153	71,2%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.

Tabela 13: Na sua opinião, a utilização do material genético do homem para a fertilização após sua morte precede de sua autorização?

<b>Resposta</b>	<b>Número de entrevistadas</b>	<b>Porcentagem</b>
Sim, essa autorização deve ser expressa	78	36,3%
Sim, essa autorização pode ser por escrito	57	26,5%
Não, desde que a preservação desse material tenha ocorrido com o propósito de gerar um filho.	70	36,2%
Não, em qualquer situação é dispensável a autorização	10	4,7%

Fonte: *Google Forms*. Dados primários.