INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA PÓSTUMA E HIPERVULNERABILIDADE DE SEUS ATORES: NOVOS RUMOS

Cristiano Colombo[1]

1 INTRODUÇÃO

Os avanços científicos, em matéria de reprodução assistida, estabeleceram novos limites ao instituto da filiação. A superação do ato sexual como única via para a reprodução humana, assomada à possibilidade técnica de flexibilização da coexistência, no momento da concepção, entre genitor e concebido, impõem novas reflexões, exigindo sério debruçar-se pela ciência jurídica. Nesse ambiente, em que sentimentos ambivalentes permeiam pensadores, estudiosos, operadores do Direito e os próprios atores das técnicas de reprodução assistida, é que o presente artigo busca instigar a temática da inseminação homóloga póstuma.

Para a adequada delimitação do tema, incumbe ressaltar que a inseminação homóloga póstuma consiste em: transferência do sêmen masculino para as vias genitais femininas da mulher[2]; utilização de espermatozoides

1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS, 1999) e em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2004). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). É professor da Faculdade de Direito da Instituição Educacional São Judas Tadeu, bem como no Curso Verbo Jurídico.

2 VELASCO, Maria Cruz de Téran. *Derecho y nueva eugenesia:* un estudio desde la ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2005.

do marido, ou companheiro, portanto, elementos genéticos exclusivamente dos cônjuges ou companheiros[3]; fecundação intracorpórea ao corpo da esposa ou companheira[4], então viúva ou ex-companheira; procedimento realizado após a morte do marido. Portanto, não se está aqui a tratar da figura do embrião, que merece estudo pormenorizado, dada a especificidade da situação jurídica.

Não há dúvida que o tema alcança importância, na medida em que o Código Civil, em seu artigo 1.597, III, positivou a inseminação homóloga póstuma, ao fundir as clássicas hipóteses de presunção de paternidade, com as inovações tecnológicas, no campo da reprodução assistida. O novo se une ao antigo, incumbindo ao intérprete harmonizar conceitos introduzidos em diferentes épocas, trazidos à legislação por fundamentos diversos.

Dividir-se-á o presente estudo em dois capítulos: o primeiro, em que se buscará descortinar aspectos históricos, bem como o atual tratamento conferido pelo ordenamento jurídico pátrio à inseminação homóloga póstuma; no segundo capítulo, a partir do conceito da hipervulnerabilidade, observando os atores, ou seja, os partícipes da inseminação homóloga póstuma, à luz de uma visão interdisciplinar, valendo-se da psicologia, da educação e da medicina, perseguir-se-á propor novos rumos à temática.

Nesse sentido, o presente tema, que aproxima a vida da morte, representa o momento de sedimentação do estudo do ordenamento jurídico pátrio posto, partindo da *lege lata*[5], em direção a novos rumos, para a *lege ferenda.*

2 INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA PÓSTUMA

Para a compreensão da temática da inseminação homóloga póstuma, é mister um olhar histórico, revisitando sua origem, sua influência no ideário mitológico, remontando o seu *iter* evolutivo, bem como trazendo à lume seus casos paradigmáticos, para, dessa forma, alcançar o adequado mapeamento do cenário legislativo

3 ORRÙ, Silvia. La procreazione. In: CENDON, Paolon (Org.). *Il diritto privato nella giurisprudenza*.Torino: UTET, 2008, p. 5-64.

4 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.

5 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 1.

dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio.

É o que se passa a analisar.

2.1 Evolução histórica

Na evolução da história da humanidade, é possível descrever inúmeros episódios em que cientistas, das mais diversas épocas e matizes, voltaram-se à compreensão da concepção e dos próprios métodos de inseminação. Entre os egípcios, marcadamente em sua mitologia, há típica descrição do desejo da realização de método de inseminação póstuma, quando Isis intentou reconstruir o corpo de Osíris, para, posteriormente, buscar vir a se fecundar.[6] Por sua vez, o grego Hipócrates, conhecido como pai da medicina, no século V. a.C., já se dedicava à embriologia, desenvolvendo estudos acerca do período que mediava entre a concepção e o nascimento.[7] Aristóteles, pelos idos do século IV a.C, analisou a vida do embrião, tendo afirmado que decorria da "mistura de sementes masculina e feminina, que seria 'cozida' pela matriz feminina ou coagularia".[8] No próprio Talmude, no transcorrer do século III a.C., é possível identificar estudos acerca de inseminação artificial.[9]

Curioso episódio ocorreu na Coroa Portuguesa, no século XV, em incidente envolvendo a Rainha Joana e o Henrique IV, conhecido como "o impotente", bem como suposta filha do casal, que teria sido concebida pelo método de inseminação artificial, que, ao cabo, resultou por não vir a ser reconhecida pelo rei, sob o argumento de que a técnica empregada não havia obtido sucesso.[10]

Não há dúvida que a descoberta do microscópico, em 1677, representou um salto de qualidade no aprofundamento dos estudos acerca da concepção humana, na medida em que facilitou a identificação de espermatozoides e óvulos. Nessa linha, Maupertuis, mergulhando na temática concepcionista, no século XVIII, re-

6 DUARTE, Tiago. *In vitro veritas?* A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003.

7 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27.

8 FRYDMAN, René. *Deus, a Medicina e o Embrião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

9 LOZANO, Rose-Marie. *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*. Paris: La documentation Française, 2001.

10 *Ibidem*.

conheceu que o embrião decorre da participação igualitária de pai e mãe.[11]

Cientificamente, somente no ano de 1785, foi possível afirmar ter ocorrido a primeira inseminação humana exitosa, realizada pelo professor Thouret, da Faculdade de Medicina de Paris, que introduziu o seu próprio líquido seminal em sua esposa, a qual reputava ser infértil, através de uma injeção intravaginal.[12]

Em decorrência dos conflitos bélicos, mais precisamente durante a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América instituíram bancos de sêmens, com o objetivo de colher líquido seminal de seus soldados, que estavam no *front*, no Pacífico, e, posteriormente, inseminar em suas respectivas esposas, que estavam em território americano. Computa-se ter havido em torno de vinte mil nascimentos, decorrentes de técnicas de reprodução assistida, sendo que todos os filhos foram reconhecidos legítimos, por decisão do magistrado Henry Greenberg, do Supremo Tribunal de Nova Iorque.[13] Eventualmente, por se tratar de homens que estavam em guerra, no *front*, não é faticamente impossível pensar que possam ter ocorrido, naquela época, inúmeras inseminações póstumas, em face do grande número de mortos em campo de batalha.

Apesar dos episódios históricos até então narrados, foi nas décadas de 1980 e 1990, que três casos envolvendo a temática da inseminação póstuma acirraram seu estudo e interesse, sobretudo, em razão dissonantes decisões dos Tribunais, pelo que se passa a analisá-los, pormenorizadamente.

Na França, Corinne e Alain Parpalaix viviam um relacionamento amoroso.[14] Alain, tendo sido submetido a exames médicos, descobriu que estava acometido de câncer nos testículos. Advertido de que o tratamento a ser desenvolvido poderia atingir sua capacidade reprodutiva, procedeu ao congelamento de líquido seminal, com o intento de vir a utilizar futuramente.[15] Ambos casaram, no entanto, *a posteriori*, Alain morreu. A viúva Corinne e os genitores de Alain requereram ao centro de criopreservação o material do falecido para a

11 *Ibidem*.

12 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 2006.

13 *Ibidem*.

14 MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*. Coimbra: Coimbra, 2010.

15 *Ibidem*.

inseminação, todavia, sem sucesso. Assim, ajuizaram demanda junto ao *Tribunal de Grande Instance de Créteil*, a fim de resolver o destino a ser dado ao material genético, em face da morte de Alain. A decisão, datada de agosto de 1984, não reconheceu a natureza de contrato de depósito, em razão do líquido seminal criopreservado ser coisa fora do comércio, contudo, dispôs que não se tratava de situação vedada, tampouco permitida, na França, entregando o material à viúva Corinne. Saliente-se que a sentença afirmou ainda que: "se coadunava com uma das finalidades do casamento: procriação".[16] O líquido seminal, portanto, foi alcançado à viúva Corinne, no entanto, não se quedou bem-sucedida a inseminação realizada.

Michel Gallon, no ano de 1985, também sofria de câncer nos testículos. De igual forma, realizou a coleta e criopreservação de seu líquido seminal, depositando-o no Centro de Toulose. Com sua morte, em 1989, em face de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), a viúva requereu o material seminal criopreservado ao referido centro, que resistiu à entrega, aportando a pretensão no Poder Judiciário. A ação foi julgada improcedente, com fulcro no fato de que a criança, decorrente deste procedimento *post mortem*, seria privada da filiação paternal, bem como por não constar no contrato cláusula expressa autorizativa, na hipótese de morte de Michel.[16]

Por último, em 1995, o senhor Blood, em face de estar sofrendo de meningite, foi hospitalizado e entrou em estado de coma. A especificidade do caso remonta em que a Senhora Blood solicitou que, mesmo não estando seu marido consciente, fosse colhido material seminal do paciente. Com a morte do Senhor Blood, o órgão governamental do Reino Unido, regulador da reprodução assistida, vedou a utilização do material pela viúva, visto não ter havido autorização pelo falecido. A *Court of Appeal*, já em via recursal, não autorizou a utilização do material genético no Reino Unido, permitindo, no entanto, a sua "exportação" para outro país da Comunidade Europeia. Tem-se notícia que, em 1998, a inseminação póstuma teve sucesso, com o nascimento de uma criança.[18]

Pelo desenrolar dos fatos históricos, depreende-se que, tanto no campo da mitologia como no mundo fenomênico, a temática da inseminação artificial póstuma inquietou e, ressal-

16 *Ibidem*, p. 66.

17 *Ibidem*.

18 MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*. Coimbra: Coimbra, 2010.

te-se, ainda inquieta o ser humano. Os posicionamentos dissonantes colhidos dos julgados acima mencionados, em que pesem datados das décadas de 1980 e 1990, trazem à baila as mesmas discussões que, ainda hoje, permeiam o mundo jurídico, sobretudo, a necessidade do consentimento e o interesse da criança.

2.2 Tratamento conferido pelo ordenamento jurídico pátrio

A hipótese legal de inseminação homóloga póstuma foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, nos veios do artigo 1.597 do Código Civil de 2002[19], em um dispositivo normativo que ambienta as clássicas hipóteses de presunção de paternidade às inovações tecnológicas, no campo da reprodução assistida, a saber:

> 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.

Está-se a tratar diretamente ao que dispõe o inciso III, que expressamente refere "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido".[20] O inciso, que, de forma extremamente concisa, trata acerca da inseminação homóloga e, inclusive, agrega a modalidade póstuma, não aponta como requisito a autorização expressa do falecido. Adverte-se que essas poucas palavras, não mais de vinte verbetes, isso se computados aqueles do *caput* do artigo, consubstanciam toda a temática havida em nível de lei.

No âmbito infralegal, voltando-se para o ilícito ético, a Resolução n. 1.957, do Conselho Federal de Medicina[21], datada 06 de janeiro de 2011, dispõe que:

---

19 BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*· Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

20 *Ibidem*.

21 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução. n. 1.957. *Diário Oficial da União,* Brasília, 6 jan. 2011.

> VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

É mister destacar que o Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, emitiu o Enunciado n. 106, que preceitua:

> 106 – Art. 1.597, inc. III: 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.[22]

Nesse diapasão, a Resolução do Conselho Federal de Medicina e o Enunciado n. 106 do Conselho da Justiça Federal resultam por enumerar requisito, que não consta do dispositivo legal do Código Civil Brasileiro, no sentido da necessidade de autorização escrita do marido, para o acesso ao líquido seminal do falecido. Recentemente, no enfrentamento da presente temática, junto ao 13º Ofício Cível do Foro de Curitiba, nos autos do processo n. 0027862-73.2010.8.16.0001[23], em decisão paradigmática, foi autorizada K. A. L. a utilizar o material genético do falecido marido, R. J. N., mesmo inexistindo autorização expressa do falecido para o uso do líquido seminal criopreservado, após a sua morte.

Em nível doutrinário, a matéria não é unânime, apresentando-se, de forma majoritária, favorável à necessidade de autorização prévia e expressa por aquele que deposita o sêmen congelado. É o que confirmam Madaleno[24], Diniz[25], Pereira[26], Nader[27], Farias e Rosenvald.[28] A seu turno,

---

22 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

23 PARANÁ. Poder Judiciário. *Informação processual do caso utilização sêmen post mortem*. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/web/guest/consulta_1o_grau_civel_assejepar>. Acesso em: 15 set. 2012.

24 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011a.

25 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

26 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

27 NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito de família**.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

28 FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Rodrigues[29] promove sérias críticas ao Código Civil, nessa temática, ao não dar solução a problemas antigos, criando novos, alegando que a autorização de inseminação *post mortem* conferida pela codificação, que é vedada por muitas legislações alienígenas, resulta em tornar filho aquele que é concebido *post mortem*, inclusive com direitos sucessórios.[30] Coelho[31], fundando-se na teoria do risco, concluiu que resta estabelecida a filiação, mesmo contra a vontade do falecido: "Pela letra desses dispositivos, o homem que tiver submetido à técnica de fertilização assistida homóloga uma vez na vida pode, enquanto vivo ou depois de morto, ser pai contra a expressa declaração de vontade". Refere o autor: "os filhos da fraude ou do laboratório não poderiam ser discriminados. Teriam direito ao reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica, mesmo após o falecimento dos genitores".[32] Exatamente, a partir desses posicionamentos ambivalentes, é que, nesta primeira parte, passa-se a analisar o direito posto, a *lege lata*, sem descortinar debate acerca da aceitação ou não dessa técnica, o que se fará ulteriormente.[33]

Para a correta intelecção do dispositivo em comento, faz-se necessário observar o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, analisando as novas relações entre o público e o privado, evoluindo do individualismo para a "despatrimonialização do Direito Civil". Couto e Silva e Fradera[34], assim lecionaram:

> [...] o Direito Constitucional e o Direito Privado eram considerados territórios autônomos, incomunicáveis, consequência natural da separação nítida entre o Estado e a sociedade, própria à concepção liberal então dominante, por outro porque vigorava uma neutralidade valorativa que definia o Direito Privado.

29 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004.

30 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004.

31 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil:* família. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.

32 *Ibidem*, p. 164.

33 COLOMBO, Cristiano. *Reprodução Assistida Homóloga e o Direito à Sucessão Legítima.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

34 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

Perlingieri[35], por sua vez, salienta:

> Neste contexto, as relações entre o público e o privado, indivíduo e sociedade, política, economia e direito assumem valor paradigmático de uma ordem geral em que as escolhas de fundo, inspiradas na superação do estadismo, do monismo ideológico, do individualismo e do corporativismo, do liberalismo, do marxismo, caracterizam também a obra do jurista, voltado para capturar o movimento real, mas sempre ancorado na visão do mundo, fundamento do pacto de convivência. A centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas, em uma chave moderna, onde a tutela da saúde, do meio ambiente, a paisagem são indispensáveis para o total desenvolvimento da pessoa. Nisto está a razão primeira da tendência que, estratégica e provocativamente, se propõe a "despatrimonialização" do Direito Civil atavicamente baseado na centralidade das relações patrimoniais.

Ainda nesse sentido, como lecionou Perlingieri[36], especificadamente, no que toca ao direito de família:

> O interesse individual de cada familiar não pode ser pensado se não em relação àquele dos outros familiares: diante da comunhão material e espiritual, o interesse de cada um se torna, em diferentes medidas, o interesse dos outros; a convivência (e as necessidades que o seu desenrolar manifesta) é interiorizada. A harmonização das exigências individuais, a consideração das recíprocas interferências e a comunhão ou concurso de interesses, frequentemente, podem fazer com que mais de uma situação subjetiva pareça de natureza, antes que individual, coletiva e familiar.

Ademais, no fluxo da constitucionalização do Direito Privado, Marques[37] assim se refere à teoria de Erik Jayme, demonstrando o liame entre o Direito Público e o Direito Privado:

> O Leitmotive, elemento guia da teoria de Erik Jayme, são os direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caso legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais imovíveis, de soft law e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que

35 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

36 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 975.

37 MARQUES, Cláudia Lima. Laudatio para Erik Jayme: memórias e utopia. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito*, Porto Alegre**,** v. 1, n. 1, mar. 2003b. p. 61.

> real. Os direitos humanos seriam as "normas fundamentais" e estes direitos incluídos na Constituição influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito assumir um novo papel social, como limite da intervenção do Estado, como protetor do indivíduo e como inibidores de abusos, mas como incentivador de uma ação afirmativa do Estado para alcançar a equidade e a igualdade material entre todas as pessoas na nova sociedade multicultural.

De igual sorte, devem ser analisados os vetores do Código Civil de 2002, na linha dos ensinamentos de Reale[38], que elencou três princípios codificadores: a) o princípio de socialidade: devem "prevalecer os valores coletivos sobre os individuais"; b) o princípio da eticidade: vincula-se à boa-fé, ao ético, nas relações entre particulares; c) o princípio da operabilidade:[39] que dispõe que "o Direito é feito para ser realizado". Quanto a esse último princípio, depreende-se da lição de Reale[40], a saber:

> É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao poder familiar.

Incumbe ressaltar que os princípios atinentes ao Direito de Família, de igual forma, devem ser observados, quais sejam: princípio da igualdade da filiação; princípio do melhor interesse da criança; e, princípio da solidariedade familiar. O princípio da igualdade da filiação, nos termos do artigo 227, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, busca estabelecer a igualdade entre os filhos, merecendo ser aplicado, inclusive, em matéria de Inseminação Homóloga Póstuma. Wider[41] ensina que: "se por um lado, o artigo supracitado não nomeia explicitamente os filhos gerados por inseminação *post mortem*, por outro lado, não há nele nada que os exclua". Por sua vez, o princípio do melhor interesse da criança, ínsito no artigo 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil[42], bem

38 REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

39 *Ibidem*, p. 10.

40 *Ibidem*, p. 12.

41 WIDER, Roberto. *Reprodução assistida*: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87-8.

como, a legislação infraconstitucional, nos termos dos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente[43], devem garantir o reconhecimento de paternidade ao concebido por inseminação homóloga póstuma, assim como propiciar que a criança venha a se integrar em seu ambiente familiar.

Há que se atentar que não é somente o Critério Biológico que, atualmente, permeia as relações de filiação, havendo o Critério Sociológico. Oliveira[44] apresenta-se como defensor da "verdade sociológica" da filiação, em detrimento do "biologismo estrito", e ensina que: "têm de reencontrar o equilíbrio da verdade biológica, com o profundo anseio de estabilidade dos direitos adquiridos, com a garantia da paz jurídica e com a defesa do interesse do filho".[45] Nesse sentido, critérios sociológico ou socioafetivo devem ser harmonizado com os critérios científicos-biológicos.

Nesse sentido, são apresentadas três hipóteses para investigação, quanto ao estabelecimento ou não de filiação, na ordem jurídica, a saber: I) existência de consentimento expresso deixado pelo marido; II) ausência de consentimento, sem oposição; III) manifestação de oposição.[46]

Na hipótese de existência de consentimento expresso deixado pelo marido, ou por companheiro falecido, compreende-se que, nos termos da legislação posta, há o estabelecimento de filiação. É possível elencar os seguintes fundamentos para sustentar essa assertiva: a) o momento histórico ora vivido, em face da atual relação havida entre o Direito Privado e o Direito Público, pautada pela Constitucionalização do Direito Privado, e, portanto, pela observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; b) o princípio da eticidade, que, aplicável diretamente nas relações familiares, exige que seus membros atendam às justas expectativas dos demais, implementando diretamente a aplicação da boa-fé no Direito de Família, em face do dispositivo legal; c) o princípio da socialidade, no sentido de preservação do social em de-

42 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

43 *Ibidem*.

44 OLIVEIRA, Guilherme. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 437.

45 *Ibidem*, p. 438.

46 COLOMBO, Cristiano. *Reprodução Assistida Homóloga e o Direito à Sucessão Legítima.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

trimento do individual, para acolher o concebido póstumo como filho, já que a lei assim o determina; d) o princípio da operabilidade, na medida em que posta e reconhecida no ordenamento jurídico essa situação jurídica, a ela se estendam os direitos decorrentes; e) a igualdade da filiação, na medida que dispõe o artigo 226, § 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, não havendo razão valiosa para a implementação de diferenças, de discrímen legal;[47] f) o princípio do melhor interesse da criança, na medida em que essa criança, gerada em um procedimento de inseminação póstuma, e, portanto, existe, deve ser protegida, diante de sua vulnerabilidade, de sua fraqueza, por estar em fase de formação de sua personalidade[48], nos termos do que preceitua a lei; g) a solidariedade entre os membros da família, que consiste na proteção mútua de seus membros; h) o dúplice atendimento ao critério biológico, pela carga genética, bem como pelo critério socioafetivo (sociológico) projetado, em face da manifestação de vontade expressa.[49]

Na hipótese de ausência de consentimento, sem oposição manifestada em vida pelo marido ou companheiro, seja verbal ou por escrito, de igual forma, há o estabelecimento da filiação. Os fundamentos aplicáveis na hipótese anterior, tais como a Constitucionalização do Direito Privado, os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, de igual forma, se aplicam ao caso em comento. Além desses, há que se observar os seguintes fundamentos: a) a identificação de um "projeto parental"[50], que se manifesta pela não oposição do genitor, em vida, ou a verbalização da intenção em ter esse filho; b) a inexigibilidade, nos termos da dicção do artigo 1.597 do Código Civil, de autorização expressa do marido para inseminação artificial homóloga; c) a boa-fé objetiva, do bom pai de família, na medida em que essas são as justas expectativas do concebido póstumo; d) o princípio da igualdade, em matéria de filiação, conforme dispõem os artigos 226, § 7º e 230 da Constituição da República Federativa do Brasil; e) o atendimento ao critério biológico, pela carga gené-

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Melhoramentos, 2011.

48 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

49 COLOMBO, *op. cit*., 2012.

50 MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*. Coimbra: Coimbra, 2010.

tica recebida, bem com o critério socioafetivo projetado, em face da configuração do projeto parental.[51]

Por outro lado, na hipótese de manifestação de oposição do falecido à inseminação póstuma, seja ela verbal ou mesmo por escrito, ter-se-á a figura do genitor, que, contudo, não é pai.[52] Inexistindo, portanto, quaisquer efeitos extrapatrimoniais ou patrimoniais nessa relação. Tal assertiva se sustenta nos fundamentos que seguem: a) haveria ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo utilizado material genético contra a vontade do genitor; b) violaria frontalmente a boa-fé, o princípio da eticidade, tanto no que diz respeito às disposições contratuais havidas entre falecido e clínica de reprodução, bem como entre os próprios atores da inseminação póstuma, quanto ao fato de se verificar a configuração de ato ilícito; c) no conflito entre o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da socialidade venceria este último, visto que o interesse social deve prevalecer sobre o individual, pois se privilegiaria a criança em detrimento de toda a sociedade; d) não se verificaria ofensa ao princípio da igualdade, em face de existir razão valiosa[53] para o estabelecimento de diferença de tratamento jurídico; e) a inobservância da simultaneidade dos critérios biológico e sociológico, na medida em que somente se observa a transmissão de carga genética, inexistindo qualquer manifestação de vontade e, portanto, sequer havendo afeto projetado a essa criança.

De igual forma, voltou-se, no estudo realizado[54], ao direito sucessório, sendo que, uma vez estabelecida a filiação, concluiu-se por ser inarredável que seja reconhecida a condição de herdeiro, na modalidade de sucessão legítima. Nesse sentido, apoia-se tal tese em: a) a Constitucionalização do Direito Privado, que também se estende ao direito da sucessão; b) a aplicação do princípio da igualdade dos filhos, a teor do artigo 227, § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil; c) os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade; d) as peculiaridades do ordenamento

51 COLOMBO, Cristiano. *Reprodução assistida homóloga e o direito à sucessão legítima.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

52 LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da Filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Melhoramentos, 2011.

54 COLOMBO, op. cit.

jurídico pátrio, que, nos termos do artigo 1.579 do Código Civil[55], ultrapassa o mero estabelecimento da presunção de paternidade, pois presume fictamente o momento em que ocorreu a concepção, qual seja, "na constância do casamento", estabelecendo, portanto, termo presuntivo ficto de concepção para a hipótese de inseminação artificial homóloga *in vivo post mortem*, ou seja, momento em que o pai estava vivo; e) o atendimento, portanto, ao artigo 1.798 do Código Civil Brasileiro. Assim, o concebido póstumo, por presunção legal, estaria vivo e presente, no momento da abertura da sucessão; f) a flexibilização do princípio da coexistência entre antecessor e sucessor, dada a mitigação deste princípio[56], visto que tal exigência nasceu em momento histórico em que o poder do *pater* família deveria ser obrigatoriamente transmitido, para que a célula familiar não restasse acéfala.[57] O que, como sabido, não mais se justifica, diante do fato de a religião não ser mais doméstica, evoluindo para os templos, bem como dada a modificação da finalidade social da figura do *pater*¸ que, outrora, era também juiz e sacerdote do lar.

Importante referir que as conclusões acima desenvolvidas decorrem do atual cenário legislativo, que autoriza a inseminação homóloga póstuma, assomada à inexistência de legislação que regulamente de forma suficiente a temática em comento. Sendo assim, a partir do direito posto, da *lege lata*, do mapeamento do que estabelece o ordenamento jurídico, depreende-se que, nos veios do que preceitua o Código Civil de 2002[58], tem-se: a possibilidade de inseminação homóloga póstuma no ordenamento jurídico, mesmo sem a autorização expressa, em face da inexistência desse requisito como condição *sine qua non* para a realização do procedimento em lei; enorme vazio legislativo, no sentido da escassez da regulamentação da matéria; a inexistência de prazos máximos para sua realização, a partir da morte; em que pese o esforço interpretativo, verifica-se a ausência de dispositivos específicos que tratem acerca dos efeitos sucessórios, nesse caso.

---

55 BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

56 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* v. 58. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 6.

57 SCIALOJA, Vittorio. *Diritto ereditario romano*: concetti fondamentali. Padova: CEDAM, 1934, p. 7.

58 BRASIL, *op. cit*.

A partir de então, ao abrir os olhos acerca do cenário legislativo posto, incumbe realizar uma séria reflexão acerca da inseminação homóloga póstuma, no Brasil, a fim de propor novos rumos para essa temática.

3 HIPERVULNERABILIDADE DOS ATORES NA BUSCA DE NOVOS RUMOS

Buscando avançar no estudo até então realizado, sob novo enfoque, em um novel degrau investigativo, o que se propõe é colocar em xeque a inseminação homóloga póstuma como opção legislativa no ordenamento jurídico pátrio, à luz do conceito de hipervulnerabilidade, deslocando o eixo de pesquisa da *lege lata* para a *lege ferenda*¸ ou seja, do direito posto, que hoje admite a inseminação homóloga póstuma, para desenvolver o estudo em nível de proposta legislativa, apontando novos rumos.

É o que se passa a analisar.

3.1 Hipervulnerabilidade relacional da tríade parental: pai, mãe e *nondum conceptus*

Com o fenômeno da constitucionalização do direito privado, o direito "vai além dos interesses individuais e passa pela proteção dos vulneráveis".[59] Referido fenômeno faz com que "todos os campos do Direito Privado"[60] tenham uma "perspectiva constitucional"[61], sendo a pessoa humana o "Sol" que se encontra no centro do "novo sistema solar".[62] Dessa forma, o "novo direito privado"[63] caminha para a solidariedade, identificando sujeitos que devam receber uma maior proteção, em face de se encontrarem em situação de desigualdade.[64]

Segundo Marques e Miragem[65], a vulnerabilidade pode assim ser conceituada:

> Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente ao risco

59 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 7-8.

60 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 254.

61 *Ibidem*, p. 252.

62 *Ibidem*, p. 145.

63 MARQUES, *op. cit*., p. 7-8.

64 *Ibidem*.

65 *Ibidem*, p. 117.

> ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a "explicação" destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça Equitativa.

Ocorre que, a partir da análise dos sujeitos, nas situações concretas do mundo fenomênico, é possível identificar uma "escada de graduação da vulnerabilidade"[66], atingindo-se, assim, quando em degraus mais elevados, os conceitos de "vulnerabilidade potencializada, especial ou agravada"[67], ou, na terminologia adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, nas palavras do ministro Herman Benjamin, o termo "hipervulnerabilidade"[68], como se depreende de excerto do julgamento que segue, a saber:

> 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.
>
> 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.
>
> 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

---

66 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

67 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102.

68 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5).* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2012.

A expressão "hipervulnerabilidade", temática que ilumina este estudo, nasce da aglutinação do sufixo *hyper*, de origem grega, que significa agravamento, aumento[69], assomando-se à vulnerabilidade, que tem como raiz o étimo *vulnus*[70], que se refere à "machucado", representando, portanto, uma situação concreta em que há excessivo enfraquecimento de determinada pessoa, acima do ordinário.[71] Nishiyama e Densa[72] exemplificam os hipervulneráveis, a saber:

> [...] certas pessoas, classe, grupo ou categoria de pessoas podem ser consideradas hipervulneráveis, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral. São elas as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes que possuem proteção especial na Carta Magna.

Em sendo assim, a partir desse conceito, que, em um primeiro momento, aplicou-se tão somente aos consumidores, há que se investigar se há, no caso da inseminação homóloga póstuma, dado os sujeitos envolvidos – o pai, a mãe e do "nondum conceptus"[73] –, configurando uma tríade parental, nessa relação, a possibilidade se identificar hipervulnerabilidade.

A peculiaridade dessa análise resulta no fato de que, ao contrário do que ocorre em uma relação de consumo, em que há dois polos distintos, figurando, de um lado, o hipervulnerável e, de outro, o fornecedor, que goza do conhecimento técnico, econômico, científico e informacional, investiga-se, no presente estudo, se há estado agravado de enfraquecimento na dinâmica relacional dos sujeitos, o que explicaria a utilização da expressão: da hipervulnerabilidade relacional da tríade parental.

Dessa forma, a partir dos casos judiciais analisados, na primeira parte do presente estudo, pôde-se colher sistematicamente os seguintes ele-

---

69 MARQUES, *op. cit.*, p. 189-190.

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*.

72 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais do direito do consumidor.* V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 431-461.

73 Nas palavras do autor: "Nascituro é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito, pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida. [...] 'Nondum conceptus' é o ente humano, futuro, a que se alude. Alude-se ao que pode vir a ser concebido, à prole eventual" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 166).

mentos factuais: a) a existência de um sujeito, marido ou companheiro, que impulsionado pela possibilidade de esterilidade, diante do tratamento de uma doença potencialmente letal, deposita seu material genético em um laboratório, para ulterior inseminação; b) a presença de uma esposa ou companheira, que, ao tomar a decisão da inseminação, está em estado de viuvez; c) o concebido póstumo, uma criança que tem o seu desenvolvimento sem a presença paterna. É evidente que o caso concreto pode apresentar variáveis, todavia, essas são as linhas gerais da análise. De tal arte, dentro desse mapeamento de casos, com o fito de testar a existência da hipervulnerabilidade, é que passa a se analisar cada um dos sujeitos e a relação havida entre eles.

O marido ou companheiro, ao realizar a coleta do material seminal, sendo-lhe revelada grave patologia, como o câncer nos testículos, em que a primeira advertência é a esterilidade e, por sua gravidade, vê-se em cenário em que a morte poderá alcançá-lo, tem diante de si a finitude. Nesse sentido, passa a ser alvo de um turbilhão de sentimentos, contraditórios e conflitantes, com ensina Seminerio:[74]

> A finitude é uma realidade, é nossa própria realidade como seres humanos, como seres existentes, porque tudo o que existe apresenta esta condição. No entanto, no ser humano há um conflito permanente, que é a tentativa contínua em todo os seus atos de ultrapassar, de a transcender. Deste conflito resultam dois aspectos também contraditórios e conflitantes: por um lado um desejo à ação, à realização – é aquilo que cria a história e a cultura, e, por outro lado uma sensação de desespero, de desânimo ao verificar os limites que lhe são impostos.

Além disso, a possibilidade da morte traz consigo uma série de medos, afetando o quotidiano do sujeito, como relacionou Netto[75], entre eles: a perda do corpo, a dor pela perda, a solidão, perda da família e dos amigos, do autocontrole, do desconhecido, do sofrimento e da dor, da perda da identidade. Segundo Eizirik, Kapczinski e Bassols[76], no caso de se estar diante

74 SEMINERIO, Franco Lo Presti. Existência e Finitude. In: PY, Ligia (Org.). *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 21-30.

75 NETTO, Matheus Papaléo. Finitude: hospital-fronteira. In: PY, Ligia (Org.) *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 86-99.

76 EIZIRIK, Claudio Laks; KAPCZINKSI, Flávio; BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. *O ciclo da vida humana:* uma perspectiva psicodinâmica. Porto Alegre: Artmed, 2001.

de uma doença terminal, a partir do diagnóstico, percorre o paciente os cinco "estágios de reação à morte", quais sejam: a) negação e isolamento: mecanismo de defesa, em face da morte que se avizinha, funcionando como "para-choque", após a notícia; b) a revolta: em que o paciente se revolta por estar perdendo sua vida, tendo ressentimento por aqueles que continuarão vivendo, que permanecerão após sua morte, exteriorizando a sua raiva para que alguém o liberte da doença; c) barganha: o paciente pede a Deus que lhe salve, em troca de alguma coisa ou compromisso; d) depressão: não podendo mais negar a morte, sente fortemente a perda, pensa no mundo existindo sem ele; e) aceitação, em que quer ficar sozinho, com as pessoas com quem ama, aguardando a morte.

Assim, como se depreende, aquele que está acometido por doença potencialmente fatal já sofre, de forma projetada, a ausência do outro, a falta do outro, o que marca a presença do aspecto relacional, no caso. A psiquiatria, inclusive, reconhece que pessoa em processo de morrer é tomada por um "modelo de resposta emocional infantil".[77] Não há como negar, portanto, que o marido ou companheiro que consente, ainda que tacitamente, com a técnica de inseminação póstuma, está em condição de vulnerabilidade, em grau elevado, enfraquecido e, de forma, inerente ao ser humano, vendo também essa forma de reprodução, muitas vezes, como forma de vencer o obstáculo da morte.

Por sua vez, a esposa (ou companheira) experimenta a perda do cônjuge, a falta do outro, por ocasião da morte. No estado de viuvez, está-se diante de um sujeito vulnerável, que nas palavras de Doll[78], é assim descrito:

> A viuvez foi em todos os tempos um acontecimento drástico que tocava todas as esferas da vida humana, afetando a psique e a saúde das pessoas bem como as relações sociais, tanto dentro da família como na sociedade. [...] Em função disso, encontramos em muitas sociedades regras de proteção para viúvas (veja, por exemplo, o Antigo Testamento), o que significa que elas representam na sua sociedade membros vulneráveis e desprotegidos.

É inegável que a inseminação homóloga póstuma está diretamente relacionada com o luto e sua própria

77 *Ibidem*, p. 195.

78 DOLL, Johannes. Viuvez: Processo de elaboração e readaptação. In: PY, Ligia (Org.) *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 119-136.

elaboração. A viúva está sendo colhida, de igual forma, por, no mínimo, quatro fases do luto, identificadas, cientificamente, na lição de Bowlby[79], a saber:

> As quatro fases são as seguintes: 1. Fase de entorpecimento que geralmente dura de algumas horas a uma semana e pode ser interrompida por explosão e/ou raiva extremamente intensas. 2. Fase de anseio e busca da figura perdida, que dura alguns meses e por vezes anos. 3. Fase de desorganização e desespero. 4. Fase de maior ou menor grau de reorganização.

Na fase do entorpecimento, há um verdadeiro choque, com ataques de raiva, pânico e, inclusive, refere Bowlby[80], pode haver uma súbita exaltação, "numa experiência de união com o marido morto". Na fase do anseio e busca da figura perdida, a viúva passa por períodos de insônia, recordações do marido e, muitas vezes, "um sentimento de sua presença concreta e uma acentuada tendência de interpretar sinais ou sons como indício de que ele voltou".[81] A viúva ouve sons, como o do marido entrando em casa do trabalho, girando o trinco, tomada de sonhos muitos reais. Há, ainda, nessa fase, sentimentos que são de grande importância, no presente estudo, pois, segundo Bowlby:[82]

> A opinião que expressei, portanto, foi que durante essa fase inicial de luto é comum a pessoa enlutada alternar dois estados de espírito. De um lado está a crença de que a morte ocorreu, com a dor e o anseio desesperado que acarreta. Do outro, está a descrença que ela tenha ocorrido, acompanhada da esperança de que tudo ainda venha a estar bem e da premência de buscar a recuperar a pessoa perdida. [...] Enquanto algumas pessoas enlutadas têm consciência de sua premência de buscar, outras não. Enquanto algumas aceitam essa premência, outras procuram sufocá-la como irracional e absurda. Qualquer que seja a atitude tomada pela pessoa enlutada com relação a essa premência, parece-me que ainda assim ela se sente impelida para a busca, e, se possível para a recuperação da pessoa que se foi. Num trabalho subsequente (1963), observei que muitos dos aspectos característicos das formas patológicas do luto podem ser compreendidos como resultantes da persistência ativa dessa premência, que tende a expressar-se de várias maneiras disfarçadas e distorcidas.

79 BOWLBY, John. *Apego e perda.* v. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.

80 *Ibidem*, p. 93.

81 *Ibidem*, p. 93.

82 *Ibidem*, p. 94.

Logo, o luto, através do estado de premência, faz com que a viúva experimente uma vontade de recuperar a pessoa perdida, sendo uma fase que lhe afeta emocionalmente. Há extrema vulnerabilidade, quando se trata de assuntos ligados à pessoa do falecido, no que tange à mínima possibilidade de revê-lo. Na fase de desorganização e desespero e fase de reorganização, há uma redefinição por parte da viúva de si mesma[83], pois deixa de ser esposa para ver-se no estado de viuvez. Constata-se, muitas vezes, a denominada "persistência da relação", que se dá pelo sentimento da viúva de que o falecido está presente, mesmo passado doze meses de sua morte, inclusive, evocando-o, quando estão com medo ou inseguras.[84] Há um sintoma bastante peculiar, para o estudo em comento, que é, cientificamente, constatado como um luto patológico, que merece transcrição:

> E outra forma, ainda, de desenvolvimento desfavorável ocorre quando a pessoa enlutada, em vez de sentir a pessoa morta como companheira e/ou situada num lugar adequado, como o túmulo ou sua cadeira preferida, a localiza dentro de outra pessoa, ou mesmo dentro de um animal ou objeto físico. Essas localizações impróprias, como as chamo, incluem localizações impróprias dentro do eu, se persistentes, podem levar facilmente a um comportamento que não condiz com os melhores interesses da pessoa enlutada e pode parecer estranho. Também pode ser prejudicial para a outra pessoa; por exemplo, considerar uma criança como a encarnação do morto, e tratá-la dessa maneira, é provocar nela, provavelmente, um efeito adverso.[85]

Assim, vê-se que, na persistência da relação poder-se-á verificar uma grande confusão de sentimentos, no sentido de que a viúva, muitas vezes, busca no outro a figura do morto, projetando sobre terceiro, como uma criança, o extinto. Na fase final, as pessoas terão uma maior ou menor readaptação, podendo haver uma elaboração ativa e objetiva da perda; ou permanência do estado da aflição emocional; ou uma busca de nova perspectiva de vida.[86] Como se depreende, o luto da viúva se dá, em média, pelo período de dois

83 BOWLBY, John. *Apego e perda***.** v. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

84 *Ibidem*.

85 *Ibidem*, p. 108.

86 DOLL, Johannes. Viuvez: Processo de elaboração e readaptação. In: PY, Ligia (Org.) *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia***.** Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 119-136.

anos, podendo se estender por maior período.[87]

A análise do tema, sob o prisma do "Nondum conceptus", ou seja, tão somente partindo "o quê", se visto simplesmente como líquido seminal criopreservado, ou "quem", pensando na efetivação da inseminação póstuma, e que, portanto, poderá a vir ser um concebido póstumo, é que se dará o arranjo das reflexões. Para tanto, dada a sua inexistência fática, todavia, para fins científicos, no sentido de repensar a lei posta e visualizar a *lege ferenda*, projetando hipoteticamente a sua existência, é que ter-se-á o princípio do melhor interesse da criança projetado. Projetar o seu interesse, sem tê-la presente, imaginar o cenário em que esse infante será inserido, é múnus daquele que projeta própria norma.

A reflexão tem como marco inicial a obra de Lamb[88], que refere acerca da reconstrução do papel do pai no desenvolvimento da criança. Na evolução da figura paterna, Lamb[89] ensina que o pai deixa de ser aquele cuja responsabilidade se limita ao sustento econômico da família, passando a envolver-se no crescimento dos filhos[90], dedicando maior tempo ao filho, abraçando-o e dizendo que o ama, monitorando-o, escolhendo suas atividades, comprando suas roupas, escolhendo seu pediatra. Assim, ensina Noronha, no sentido da igualdade da participação dos genitores:

> E nos dias atuais, sob o influxo do novo estágio pós-moderno, a autoridade paterna foi estendida a ambos os genitores, visando não mais o interesse dos pais, mas dirigindo-se ao interesse dos filhos e da própria família, com enfoque na paternidade responsável [...].[91]

Portanto, o infante que decorre de inseminação póstuma, que já se encontra em situação de vulnerabilidade[92], vê-se em situação agravada[93] pela au-

87 *Ibidem*, p. 119-136.

88 LAMB, Michael. *The Role of the Father in Child Development.* Cambridge: University of Cambridge, 2010.

89 *Ibidem*.

90 *Ibidem*.

91 NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar: em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 26, 2006, p. 89-120.

92 LOZANO, Rose-Marie. *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*. Paris: La documentation Française, 2001.

93 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

sência do outro, no caso da figura paterna. Ademais, no caso do "nondum conceptus", sequer pode se manifestar, sendo vulnerável pela impossibilidade de reivindicar seus interesses.[94]

A partir das reflexões trazidas, vê-se que há situação de vulnerabilidade agravada, como já referido, em face da ausência do outro, na tríade parental. Nesse sentido, conclui-se pela hipervulnerabilidade[95] relacional, na inseminação homóloga póstuma, decorrente da soma de vulnerabilidades do pai, da mãe e do "nondum conceptus", ou seja, Vp (vulnerabilidade paterna) + Vm (vulnerabilidade materna) + Vnc (vulnerabilidade do 'nondum conceptus) = HR (Hipervulnerabilidade Relacional).

3.2 Novos rumos

Questionar-se acerca de novos rumos ao instituto da inseminação homóloga póstuma é estar sensível à hipervulnerabilidade relacional da tríade parental. Compreender os atores envolvidos como vulneráveis, e que, da soma de suas vulnerabilidades, atinge-se a hipervulnerabilidade de toda a relação, resultante do enfraquecimento de cada partícipe, por si só, é fundamental para aquele que busca analisar profundamente a temática.

No ordenamento jurídico pátrio, em um *iter* evolutivo e pós-moderno, na medida em que identificado o sujeito vulnerável a ele, por conseguinte, é alcançada proteção pelo legislador. É o que ocorre com a criança, o adolescente, o idoso, o consumidor, a pessoa com necessidades especiais.[96] Nesse rastro, também merecedor o hipervulnerável, acometido vulnerabilidade agravada.[97] Tal caminhar resulta, sem dúvida, do fenômeno da constitucionalização do direito privado, que, segundo Facchini Neto[98], traz como corolário que: institutos

94 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

95 BRASIL. Superior Tribunal de Judtiça. *Recurso Especial Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5).* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2012.

96 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

97 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

98 FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13-62.

regulados pela codificação privada[99], como o direito de família, passem a tomar assento em artigos da Constituição Federal; bem como, a partir da cultura hermenêutica contemporânea, a Constituição não mais represente tão somente um "programa político" para passar a ter "normatividade jurídica".[100] Transforma-se, assim, a autonomia privada, que empregava um viés eminentemente patrimonial para o valor constitucional.[101]

Nesse sentido, estudando-se o instituto da inseminação homóloga póstuma, a fim de projetar os novos rumos, no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que o atual cenário expõe sujeitos, em condições de hipervulnerabilidade, a tomar decisões que mudarão toda a sua vida, ou, ainda, que se projetarão *post mortem*, assomada à condição peculiar do "nondum conceptus", que nada pode reivindicar.

É por isso que, em um debruçar-se acerca de importantes legislações europeias, mesmo em países marcadamente defensores da liberdade do indivíduo, como a França, identifica-se, de forma substancial, uma legislação proibitiva quanto à inseminação homóloga póstuma. Baillon-Wirtz[102], esclarecendo os fundamentos para proibição havida na legislação francesa, adverte quanto ao interesse do infante, ressaltando o desejo egoísta emitido pela viúva, que vê nesse procedimento um meio de perpetuar sua relação com o defunto, acabando por gerar uma "criança prótese" ou "criança-remédio".[103] Em Portugal, entre os argumentos para proibição, em matéria de inseminação homóloga póstuma, está a ausência do pai. É o que preceitua o artigo 22º da Lei n. 32:[104]

> Artigo 22.º Inseminação post mortem
> 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação. 2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de insemi-

99 *Ibidem*.

100 *Ibidem*.

101 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 310-311.

102 BAILLON-WIRTZ. *La Famille e la Mort.* Paris: Defrénois, 2006.

103 *Ibidem*.

104 PORTUGAL. *Lei n. 32/2006.* Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 15 set. 2012.

> nação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen. 3 - É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Na Itália, a matéria é tratada na Lei n. 40, de 19 de fevereiro de 2004[105], em que a inseminação não é um método alternativo, mas subsidiário.[106] No artigo 5º, desse diploma legal, é vedada de forma expressa a inseminação homóloga póstuma, a saber: "1. Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".[107]

Na Alemanha, por sua vez, a inseminação homóloga apenas pode ser feita por recomendação médica, com autorização por escrito, vedada a inseminação póstuma.[108] A *Embryonenschutzgesetz* (Lei Alemã de Proteção aos Embriões), de 1990, nos termos do artigo 4-1, n. 3, assim dispõe: "interdit de procéder sciemment à la fécondation artificielle d'un ovocyte en utilisant le sperme d'un homme défunt (inseminatio post mortem). Elle empêche qu'un enfant soit déjà orphelin au moment de sa conception".[109]

Nesse sentido, entende-se, em face da hipervulnerabilidade relacional da tríade parental, na proteção dos atores da inseminação homóloga póstuma, que forma mais adequada a ser dada pelo tratamento legislativo é sua proibição. Depreende-se, portanto, que novos rumos devem ser dados a essa temática, com alterações legislativas. Essa solução evitaria que: o consentimento, tácito ou expresso do pai, fosse manifestado diante da fini-

---

105 ITALIA. Parlamento. *Legge 19 febraio, 2004, n. 40*. Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

106 "2. Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (*Ibidem*.).

107 *Ibidem*.

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

109 GROTE, Rainer. Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation allemande. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 51, n. 1, p. 85-106, jan./mar. 1999.

tude da vida, à margem de uma doença terminal; que, durante as fases do luto, fosse franqueado à viúva tomar uma decisão tão importante para sua vida, quando, ainda, acometida da vontade de perseguir o vínculo anteriormente havido; e, no sentido da proteção às futuras gerações, estivéssemos diante de um ser que fosse gerado em um cenário em que todas as expectativas da viúva se voltassem para ele, como um continuador da pessoa do morto, mantenedor de uma relação extinta, em que pré-ordenadamente lhe fosse impingida a inexistência paterna.

Todavia, de qualquer sorte, para aqueles que defendem a continuidade da inseminação homóloga póstuma, no ordenamento jurídico pátrio, de igual forma, haveriam de ser promovidas profundas alterações legislativas. De tal arte, passa-se a apresentar pontos cruciais a serem reformados, na hipótese da mantença desse procedimento, no ordenamento jurídico, a saber:

A uma, em nome do princípio da segurança jurídica e confiança nas relações jurídicas, haveria de se pacificar a necessidade ou não de autorização por escrito por parte do falecido para a inseminação póstuma. Não há dúvida que, tanto para a família como para os laboratórios e, principalmente, para a comunidade médica, a ausência de um entendimento uníssono gera uma série de litígios jurídicos e conflitos de ordem ética. Como exposto, na primeira parte deste estudo, o Código Civil Brasileiro não aponta como requisito expresso a necessidade de autorização, o que, com a devida vênia, a partir do direito posto, da *lege lata*, traz por consequência a realização de inseminações póstumas sem que tenha de haver autorização expressa. Sob o ponto de vista de criação de vínculo parental, compreende-se que, atualmente, a ausência de autorização não seria óbice para tanto, estabelecendo verdadeiro confronto, inclusive, com a Resolução do Conselho Federal de Medicina. A exigência de formulários, com preenchimento obrigatório de campos específicos acerca do destino do material genético, em caso de morte daquele que lá o depositou, já seria um grande avanço para a sociedade, que hoje vê-se diante de regra que permite interpretações ambivalentes.

A duas, a partir da análise da legislação brasileira, depreende-se que não há período máximo para a realização do procedimento após a morte do falecido. Portanto, torna-se possível, no Brasil, a inseminação póstuma, sem qualquer limite temporal, a não ser os limites naturais de vida fértil da viúva. Dos estudos realizados, vê-se que, na Espanha, nos termos da Lei 35 de 1988, em seu artigo 9º, número 1, restou estabelecido prazo máximo de seis meses, a saber:

> 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el

> hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón." 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.[110]

É mister ressaltar que, em 2006, esse limite foi estendido para doze meses, forte na Lei n. 14/2006.[111] O que há de se colher, a partir dessa experiência do direito estrangeiro, são que marcos temporais para a sua realização da inseminação póstuma são imprescindíveis, evidentemente, para aqueles que propugnam pela continuidade no ordenamento jurídico, o que, particularmente, aqui não se defende. Os prazos não poderiam ser tão somente máximos, mas o estabelecimento de um prazo de reflexão de no mínimo um ano, após o falecimento, em que a viúva não poderia imediatamente realizar a inseminação artificial, para que pudesse pensar acerca do ato a ser realizado. Forte nas considerações feitas, à luz dos estudos da psiquiatria, da educação, da psicologia, depreende-se que a decisão tomada logo após a morte do marido faz com que a viúva tenha que tomar essa decisão diante de um turbilhão de sentimentos, acometida pelos efeitos do luto. Entres esses sentimentos pode estar a vontade humana de manter o vínculo havido, a busca da transferência dos sentimentos para outro ser, muitas vezes, confundindo -o com a figura do falecido. É a necessidade da presença do extinto em seu ambiente doméstico.

A três, o estabelecimento de políticas públicas, com a obrigatoriedade de acompanhamento psicológico da mãe e do filho concebido póstumo, a fim de que fosse trabalhado o luto adulto e o luto infantil.

A quatro, sem dúvida, merece estudo a temática do direito sucessório. Como se verifica, um dos fundamentos assaz utilizados para a refutação da inseminação homóloga póstuma é a condição de um herdeiro póstumo, que pudesse vir a trazer o rompimento da partilha, afetando os direitos sucessórios dos filhos já existentes, no momento da morte. Vê-se que esse não é o viés do presente estudo, que não poderia se embasar nesse preceito sob pena de estar em desacordo com

110 LASARTE, Carlos. *Derecho de família:* principios de derecho civil. Madrid: Marcial Pons, 2010. v. 4. p. 322.

111 *Ibidem*.

o "novo direito privado".[112] Pautar as relações por questões patrimoniais, em detrimentos das existenciais, é retroceder.

É conflitante aceitar a continuidade da inseminação homóloga póstuma no direito brasileiro e, simultaneamente, negar-lhe o direito à sucessão. De tal sorte, entende-se que, para aqueles que defendem a inseminação homóloga póstuma no ordenamento jurídico pátrio, haveria de cunhar o direito à sucessão de forma expressa no ordenamento jurídico, acrescentando essa hipótese ao artigo 1.798 do Código Civil Pátrio, estabelecendo a sucessão legítima.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, que se operou em dois degraus investigativos, evoluindo da *lege lata* para a *lege ferenda*, tornou-se possível tecer as seguintes considerações finais, a saber:

A uma, que a inseminação artificial póstuma é temática bastante antiga, evoluindo do campo mitológico para a realidade, sendo que, nas décadas de 1980 e 1990, aportaram ao Poder Judiciário os casos paradigmáticos.

A duas, que, no direito posto, na *lege lata*, a inseminação homóloga póstuma é permitida, a teor do artigo 1.597, III do Código Civil Brasileiro, sendo que, tanto em caso de autorização expressa do falecido como, na sua inexistência, nesta última hipótese, desde que assomada ao projeto parental, assomando o critério biológico ao socioafetivo.

A três, que a oposição por parte do falecido à inseminação homóloga póstuma não permite a sua realização. Caso seja feita, tem-se a figura do genitor que não é o pai, em face da ilicitude havida, bem como da ausência do atendimento do critério socioafetivo.

A quatro, que havendo relação parental e reconhecendo-se a condição de filho, há direitos sucessórios, tanto em face da constitucionalização do direito privado como pela interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil Brasileiro, e também pela flexibilização do princípio da coexistência entre antecessor e sucessor.

A cinco, que estudando-se o instituto da inseminação homóloga póstuma, a fim de projetar os novos rumos, no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que o atual cenário expõe sujeitos, em condições de hipervulne-

112 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

rabilidade, a tomar decisões que mudarão toda a sua vida, ou, ainda, que se projetarão *post mortem*, assomada à condição peculiar do "nondum conceptus", que nada pode reivindicar.

A seis, que marido ou companheiro, ao realizar a coleta do material seminal, sendo-lhe revelada grave patologia, como o câncer nos testículos, em que a primeira advertência é a esterilidade e, por sua gravidade, vê-se em cenário em que a morte poderá alcançá-lo, tem diante de si a finitude, enfrentando medos e projetando perdas, que lhe tornam vulnerável.

A sete, que a esposa (ou companheira) experimenta a perda do cônjuge, a falta do outro, por ocasião da morte, sendo acometida pelas fases do luto, que lhe expõem a fatos que lhe tornam vulnerável.

A oito, que o "nondum conceptus", enfim, o infante projetado, decorrente de inseminação póstuma, que já se encontra em situação de vulnerabilidade[113], vê-se em situação agravada[114] pela ausência do outro, no caso da figura paterna. Sendo que sequer pode se manifestar, sendo vulnerável pela impossibilidade de reivindicar seus interesses.[115]

A nove, que há a situação de hipervulnerabilidade relacional da tríade parental, em face da ausência do outro, decorrente da soma de vulnerabilidades do pai, da mãe e do "nondum conceptus", ou seja, Vp (vulnerabilidade paterna) + Vm (vulnerabilidade materna) + Vnc (vulnerabilidade do 'nondum conceptus) = HR (Hipervulnerabilidade Relacional).

A dez, que a proteção dos vulneráveis faz concluir pela *lege ferenda* que aponte para vedação da inseminação homóloga póstuma, no ordenamento jurídico pátrio, inclusive, à luz de importantes legislações europeias, mesmo em países marcadamente defensores da liberdade do indivíduo, como a França.

A onze, ressalte-se que vedar a inseminação homóloga póstuma, com base no estudo da hipervulnerabilidade relacional da tríade parental, é navegar nos rios da pós-modernidade, reconhecendo o enfraquecimento dos envolvidos e sua necessária proteção.

---

113 LOZANO, Rose-Marie. *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*. Paris: La documentation Française, 2001.

114 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

115 MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A doze, que, de qualquer sorte, para aqueles que defendem a continuidade da inseminação homóloga póstuma, no ordenamento jurídico pátrio, de igual forma, haveriam de ser promovidas profundas alterações legislativas, tais como: a) em nome do princípio da segurança jurídica, e confiança nas relações jurídicas, haveria de se pacificar a necessidade ou não de autorização por escrito por parte do falecido para a inseminação póstuma; b) o estabelecimento de prazo de reflexão mínimo e prazo máximo para sua realização, após o falecimento do marido; c) estabelecimento de políticas públicas, com acompanhamento psicológico da mãe e do filho concebido póstumo, a fim de que fosse trabalhado o luto adulto e o luto infantil; d) estudo da temática do direito sucessório, que venham a reconhecer direitos sucessórios ao concebido póstumo.

REFERÊNCIAS

BAILLON-WIRTZ. *La Famille e la Mort.* Paris: Defrénois, 2006.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao património genético.* Coimbra: Almedina, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5).* Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 16 out. 2012.

BOWLBY, John. *Apego e perda.* v. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2004. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil:* família. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2006.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal,

Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução. n. 1.957. Diário Oficial da União, Brasília, 6 jan. 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. Casamento e a posição jurídica da mulher no direito de família romano do período clássico. *Direito & Justiça,* Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 1991-1992.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

COLOMBO, Cristiano. *Reprodução assistida homóloga e o direito à sucessão legítima.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOLL, Johannes. Viuvez: Processo de elaboração e readaptação. In: PY, Ligia (Org.). *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 119-136.

DUARTE, Tiago. *In vitro veritas?* a procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003.

EIZIRIK, Claudio Laks; KAPCZINKSI, Flávio; BASSOLS, Ana Margareth Siqueira. *O ciclo da vida humana:* uma perspectiva psicodinâmica. Porto Alegre: Artmed, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 13-62.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*: do direito de família. do direito pessoal. das relações de parentesco. v. 18. São Paulo: Forense, 2011.

_____. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Direito privado e constituição*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 17-32.

_____. *Elementos críticos do direito de família:* curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Inovações e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o Novo Código Civil Brasileiro. In: MADALENO, Rolf; Milhoranza, Mariângela Guer-

reiro. *Atualidades do direito de família e sucessões.* Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

_____. Paternidade e ascendência genética. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade:* DNA como meio de prova da Filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 164-176.

FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FRYDMAN, René. *Deus, a Medicina e o Embrião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

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.

GROTE, Rainer. Aspects juridiques de la bioéthique dans la législation allemande. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 51, n. 1, p. 85-106, jan./mar. 1999.

ITALIA. Parlamento. *Legge 19 febraio, 2004, n. 40*. Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

LAMB, Michael. *The Role of the Father in Child Development.* Cambridge: University of Cambridge, 2010.

LASARTE, Carlos. *Derecho de família*: principios de derecho civil. v. 4. Madrid: Marcial Pons, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: do direito das sucessões. v. 21. São Paulo: Forense, 2004.

_____. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito ciência da vida*: os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da Filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 61-85.

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

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOZANO, Rose-Marie. *La protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine*. Paris: La documentation Française, 2001.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011a.

_____. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011b.

MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos sucessórios da procriação me-*

dicamente assistida homóloga post mortem. Coimbra: Coimbra, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. In.: ROJO, Raúl Enrique. *Sociedade e direito no Quebec e no Brasil*. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2003a.

_____. Laudatio para Erik Jayme: memórias e utopia. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, Porto Alegre**,** v. 1, n. 1, mar. 2003b.

_____. Visões sobre o teste de paternidade através do exame do DNA em direito brasileiro – direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da Filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27-60.

_____. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 16, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade**.** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil:* direito de família**.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NETTO, Matheus Papaléo. Finitude: hospital-fronteira. In: PY, Ligia (Org.) *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 86-99.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar: em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26, 2006, p. 89-120.

_____. O projeto que institui o novo Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 19, 2001, p. 51-75.

_____. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito & Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 21, n. 20, 1999.

_____. Da instituição do pátrio poder. *Revista da Faculdade de*

Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 11, 1996, p. 193-208.

_____. Da instituição do pátrio poder. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 65, nov. 1995, p. 313-337.

_____. Conceito e fundamentos da família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, abr./jun. 1994a, p. 21-30.

_____. Conceito e fundamentos da família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 61, jul. 1994b, p. 31-54.

OLIVEIRA, Guilherme. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais do direito do consumidor.* v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 431-461.

OLIVEIRA, Guilherme. *Critério jurídico da paternidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. *Cultura e prática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seccional do Rio Grande do Sul. *Justiça do PR autoriza mulher a usar sêmen de marido morto.* Disponível em: <http://www.jornaldaordem.com.br/noticia_ler.php?id=17809>. Acesso em: 16 out. 2012.

ORRÙ, Silvia. La procreazione. In: CENDON, Paolon (Org.). *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 2008, p. 5-64.

PARANÁ. Poder Judiciário. *Informação processual do caso utilização sêmen post mortem*. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/web/guest/consulta_1o_grau_civel_assejepar>. Acesso em: 15 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. *Tutela Antecipada.* Processo sob o n. 27862-2010. 2010. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do?actionType=pesquisar>. Acesso em: 15 set. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2010a.

_____. *Instituições de direito civil:* direito das sucessões. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.

_____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos.* Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.*

Trad. de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* v. 58. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

_____. *Tratado de direito privado.* v. 7. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955a.

_____. *Tratado de direito privado.* v. 9. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955b.

_____. *Tratado de direito privado.* v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.

PORTUGAL. *Código Civil.* Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Lei n. 32/2006.* Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf>. Acesso em: 15 set. 2012.

_____. *Código civil, 1867:* Codigo civil portuguez. Annotado por José Dias Ferreira. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870-1876. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/default.asp#>. Acesso em: 19 set. 2012.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil:* direito de família. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCIA, Fausta. *Procreazione medicalmente assistita e status del generato.* Napoli: Jovene, 2010.

SCIALOJA, Vittorio. *Diritto ereditario romano*: concetti fondamentali. Padova: CEDAM, 1934.

SEMINERIO, Franco Lo Presti. Existência e Finitude. In: PY, Ligia (Org.). *Finitude para uma proposta para reflexão e prática em gerantologia.* Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999, p. 21-30.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Temas de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 310-311.

VELASCO, Maria Cruz de Téran. *Derecho y nueva eugenesia:* un estudio desde la ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2005.

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