

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP**

Letícia de Oliveira Ramos

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POS MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE  
FAMÍLIA E SUCESSÕES**

**DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES**

São Paulo

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Letícia de Oliveira Ramos

**REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POS MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE  
FAMÍLIA E SUCESSÕES**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em **Direito de Família e Sucessões**, sob a orientação do (a) Prof. (a), Dr. (a) - **Juliana Francisca Lettière**.

São Paulo

2017

Banca Examinadora

---

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, que sempre me apoiaram nos momentos mais difíceis, não medindo esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida. Obrigada pela dedicação diária, pela preocupação constante, conforto proporcionado, pelo zelo e amor.

À minha orientadora Prof<sup>a</sup>. Dra. Juliana Francisca Lettière, que me auxiliou na realização desta monografia.

Aos amigos, por todo carinho e por sempre acreditar no meu sucesso. E à todos os novos amigos que conheci, e que conviveram comigo nesta etapa, trocando ideias e apoios mútuos.

E a todas as pessoas que contribuiriam de alguma forma ao desenvolvimento deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho analisa os efeitos jurídicos da inseminação *post mortem* no direito de família e das sucessões. A evolução na ciência trouxe diversas consequências no âmbito jurídico, pois questões que anteriormente não eram discutidas passam a gerar conflitos na jurisprudência e doutrina, sendo que a lacuna existente precisa ser suprida pelo legislador, motivo este que ensejou o interesse pelo tema escolhido. Para chegar a este tópico pretendeu-se uma reflexão em torno da reprodução assistida, sua importância no decorrer do tempo e quais suas espécies. Considerando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar e da paternidade responsável, da isonomia de tratamento entre os filhos e da proteção ao melhor interesse da criança. A metodologia utilizada para elaboração deste trabalho fora a análise de doutrinas, artigos e revistas científicas. A falta de regulamentação específica no tocante ao filho advindo de reprodução assistida *post mortem*, gera embaraços jurídicos que somente a normatização sobre o assunto poderá trazer soluções aos litígios advindos deste instituto. Neste contexto, cabe aos legisladores elaborarem leis específicas, eis que não se pode conceber que no ordenamento jurídico brasileiro atual haja qualquer restrição legal que impeça ou dificulte a efetivação dos direitos inerentes aos filhos provenientes de reprodução assistida *post mortem*.

Palavras-chave: Reprodução Assistida *post mortem*. Direito de Família. Direito de Sucessões.

## ABSTRACT

The present work analyzes the legal effects of insemination *post mortem* on family law and succession. The evolution of science has brought many controversies to the legal framework. For questions that were not discussed before, now start to generate conflict in the jurisprudence and doctrine. Therefore, the existing vacuum needs to be filled by the legislator, this being the reason for the interest in the chosen theme. To get to this topic, a reflection around assisted reproduction, its importance in the course of time and its varieties was intended. Considering the constitutional principles of human dignity, of family planning and responsible paternity, of the isonomy of treatment between the offspring and of the protection of the child's best interests. The methodology utilized for the elaboration of this work has been the analysis of doctrines, articles and scientific magazines. The lack of specific regulation regarding the child conceived using assisted reproduction *post mortem* creates judicial embarrassments that only the normalization of the subject matter could bring solutions to the litigations derived from this institution. In this context, it is up to the legislators to elaborate specific laws, because one cannot accept that there could be, in the current Brazilian legal order, any restriction that prevents or complicates the effectuation of the inherent rights of the offspring conceived by assisted reproduction *post mortem*.

Keywords: Assisted reproduction *post mortem*. Family Law. Succession.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1. REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	9
1.1. Considerações Preliminares .....	9
1.2. Técnicas de reprodução assistida .....	13
1.3. Formas de reprodução assistida previstas pelo Código Civil de 2002 .....	17
1.4. Reprodução Assistida Homóloga <i>Post Mortem</i> .....	20
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA.	23
2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	23
2.2. Princípio do planejamento familiar e da Paternidade Responsável .....	25
2.3. Princípio da igualdade jurídica entre os filhos .....	27
2.4. Princípio do melhor interesse da criança .....	29
3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA .....	32
3.1. Filiação.....	32
3.2. A reprodução assistida homóloga <i>post mortem</i> e o direito ao estado de filiação .....	35
4. REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE SUCESSÕES .....	39
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

## INTRODUÇÃO

A história nos revela que o fato de ser possível a geração ou não de filhos sempre foi uma preocupação natural da humanidade, justamente porque a procriação é inerente a todo e qualquer ser vivo, além de ser considerada a filiação como uma forma de perpetuação da espécie e de continuidade da família.

Nos dias atuais, os métodos de reprodução assistida, tema objeto deste trabalho, possibilitaram a concepção e o nascimento de um filho após a morte de seu genitor.

Entretanto, as técnicas de reprodução assistida vêm gerando diversos questionamentos éticos e jurídicos em nosso ordenamento. Destarte que estamos diante de uma realidade na qual não podemos ficar inertes, pois há valores em jogo com a vida de todos os entes que integram a família, ou seja, na vida dos pais e dos filhos.

Dessa forma, no presente trabalho, serão analisados os efeitos jurídicos da reprodução assistida *post mortem* no direito de família e das sucessões. Pretendeu-se mostrar a necessidade de regulamentação do assunto, pois hoje em dia não há lei específica disciplinando a matéria, o que deixa brechas para as mais variadas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse intuito, o presente trabalho divide-se em quatro capítulos. No primeiro capítulo, aborda-se o tema da reprodução assistida, apresentando o seu conceito e sua evolução. Foram analisadas as principais técnicas de reprodução assistida que vêm sendo empregadas a fim de formar uma noção de suas diferenças e qual a técnica adequada ao problema.

Ademais, foram abordados os principais conceitos e formas de tratamento para a filiação no âmbito do Código Civil atual 2002, de forma a compreender a formação do vínculo jurídico familiar e a constituição da filiação no ordenamento jurídico brasileiro, e abordando o conceito especificamente da técnica de reprodução assistida *post mortem*.

No segundo capítulo, serão expostos os princípios constitucionais aplicáveis a reprodução assistida. Ressaltando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, do planejamento familiar e da paternidade responsável, da isonomia de tratamento entre os filhos e da proteção ao melhor interesse da criança, no âmbito da família.

No capítulo seguinte, aborda-se o tratamento legislativo no que diz respeito ao estado de filiação do filho concebido através da reprodução assistida *post mortem*, sob a ótica constitucional e sob a égide do Código Civil de 2002.

Por fim, no quarto capítulo, será tratada a possibilidade do filho concebido através da reprodução assistida *post mortem* ter direito à herança, analisando as diversas correntes doutrinárias sobre o assunto.

A técnica de reprodução 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 de Família e do Direito Sucessório. Analisar esse assunto, tendo em vista a complexidade que circunda esse tema é o que propõe o presente trabalho.

Não se pretende neste trabalho apresentar soluções inovadoras para referidos problemas, mas apenas apontar as imperfeições e questionamentos, no intuito de estimular uma discussão mais aprofundada sobre os avanços acerca da filiação, no âmbito da reprodução assistida.

## 1. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

### 1.1. Considerações Preliminares

O fato de ser possível a geração ou não de filhos sempre foi uma preocupação natural da humanidade, justamente porque a procriação é inerente a todo e quaisquer seres vivos, e a filiação é considerada como uma forma de perpetuação da família.

Popularmente atribuía-se essa impossibilidade como algo depreciativo em relação à pessoa, à impotência masculina, à incompetência feminina em desempenhar suas “obrigações”. O ser estéril aparentava ser uma pessoa inferior às outras que, por sua vez, dotadas da função reprodutora, eram capazes de perpetuar sua existência por intermédio de seus descendentes.

Por esta razão Eduardo de Oliveira Leite explica que, a:

(...) humanidade sempre revelou uma intensa preocupação com a questão da fecundidade e, inversamente, temeu o risco da esterilidade, motivo de degradação no grupo familiar e social. As primeiras manifestações de arte, que remontam à época primitiva, representavam a mulher fecunda, grávida, capaz de gerar novos seres à exemplo da mãe natureza.<sup>1</sup>

A pessoa infértil era rechaçada pela sociedade e rotulada como incapaz, sendo condenada à mais trágica posição social e irremediavelmente repudiada por toda a coletividade. Ter filhos, para constituir família, era parte inerente à vida e representava uma obrigação para todo casal.

A sexualidade dissociada da função reprodutiva é uma conquista recente na sociedade moderna. A contracepção era tida como pecado mortal, sendo a reprodução a finalidade do ato sexual.<sup>2</sup>

Com o advento dos métodos anticoncepcionais uma modificação foi introduzida na vida privada de homens e mulheres, principalmente destas.<sup>3</sup> A pílula anticoncepcional permitiu que os nascimentos pudessem ser escolhidos ou

---

<sup>1</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.17.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.73.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.97.

recusados, liberando a mulher de uma gravidez indesejada e permitindo que a sexualidade fosse separada da função reprodutora.

A psicologia desde 1898, no texto freudiano a respeito da sexualidade na etiologia das neuroses, atentou para a importância de separar a procriação da sexualidade, supondo que o recurso à contracepção proporcionaria ao casal maior felicidade no casamento, não apenas no campo da sexualidade, mas também porque permitiria que a vontade do casal fosse o fator decisivo para o nascimento de sua prole, fruto do desejo consciente e responsável de marido e esposa.<sup>4</sup>

Esta conquista trouxe um avanço inquestionável nas relações humanas, mas não diminui a supervalorização da função reprodutiva a qual produziu e segue produzindo, o horror à esterilidade. Assim, eram muitos os casais que, a despeito de suas inúmeras tentativas, jamais conseguiam ter filhos, e hoje, com o avanço da ciência, revelou-se uma explicação para muitos problemas relacionados a esterilidade e a infertilidade.

Diversas motivações encontram-se presentes no desejo de ter um filho. Este pode ser a expressão de um ato criador e produtivo dentro de um vínculo fértil do casal, podendo constituir um dos destinos possíveis para a realização da sua condição masculina e feminina.

Como bem assevera Eduardo de Oliveira Leite:

A esterilidade masculina atinge diretamente o homem naquilo que ele tem de mais profundo e provoca importantes repercussões psicológicas. Na mulher, a esterilidade também provoca reações psicológicas. As reações das pessoas que nos cercam, igualmente pesam sobre o casal. O que ocorre é uma reação de reprovação em cadeia. Limitada, inicialmente, a uma pessoa, passa a tingir o casal, e daí, passa ao grupo familiar, envolvendo, num estágio derradeiro, a sociedade inteira.<sup>5</sup>

A esterilidade se apresenta para o casal, e acaba apresentando-se para suas famílias e para a sociedade, como uma doença, sempre grave e diversa na sua evolução. Esterilidade que não coloca em cheque somente o emocional do

---

<sup>4</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. 638.

<sup>5</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 102.

indivíduo, mas atinge principalmente o casal, que se sente impotente e frustrado quando da não realização da maternidade e/ou paternidade.

Assim, se for levado em consideração o número de sensações experimentadas por uma pessoa infértil que variam desde sentimentos de revolta, raiva, dor, angústia, ansiedade, tristeza, além é claro da evidente incapacidade reprodutiva, percebe-se que efetivamente a infertilidade pode ser considerada como um problema de saúde e que pode refletir tanto no aspecto físico, mental e, principalmente, social da pessoa.

Juliane Queiroz entende que “O intenso desejo de procriação, sempre existente na história da humanidade, impulsionou o desenvolvimento tecnológico para solucionar o problema da infertilidade.”<sup>6</sup>

Deste modo, ao longo dos tempos a medicina veio evoluindo até o ponto em que conseguiu alcançar o que antes seria impossível, isto é, ela possibilitou a tão sonhada gestação, haja vista haver permitido que pessoas antes sem filhos pudessem tê-los.

Neste passo, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma:

Pela primeira vez na história da civilização, e exatamente em função dos avanços científicos no campo da ciência da vida, a pessoa humana pôde interferir em uma função do organismo humano que extrapola, nos seus efeitos, o funcionamento do seu próprio corpo, a saber, a função reprodutora.<sup>7</sup>

O progresso científico tem permitido à humanidade, cada vez mais, a utilização de recursos aptos a melhorar a sua qualidade de vida e o seu estado de saúde. E foi sob esta concepção que surgiram as técnicas de reprodução assistida, as quais permitiram filhos àquelas pessoas a quem a natureza os negou. “A pessoa, com base na biotecnologia, passou a ter condições de, com o auxílio de medicamentos e de técnicas, interferir no processo de reprodução humana (...)”<sup>8</sup>.

Assim, não apenas as pessoas com dificuldades de procriação, mas também àquelas com absoluta impossibilidade de conceber um novo ser, puderam e ainda podem experimentar e usufruir a paternidade e/ou maternidade, com todos os seus efeitos daí decorrentes.

---

<sup>6</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 68.

<sup>7</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 88.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 639.

Para que ocorra a procriação humana é mister que tanto a mulher quanto o homem estejam em condições de manter um ciclo reprodutivo completo, para que haja desenvolvimento de todas as etapas reprodutivas necessárias para se chegar à fecundação.

A fecundação é entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo esperma<sup>9</sup>, no aparelho reprodutor feminino. E a inseminação consiste na colocação do sêmen do próprio marido ou de um doador na mulher.<sup>10</sup>

Segundo Silvio de Salvo Venosa “entende-se inseminação como forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais.”<sup>11</sup>

Para Maria Berenice Dias as “(...) técnicas de reprodução assistida. São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho.”<sup>12</sup>

A principal finalidade em matéria de reprodução assistida é o combate à infertilidade, podendo ser entendida como um conjunto de técnicas médicas que viabilizam a fecundação de quem não pode obtê-la através dos métodos naturais.

Sendo assim, em 25 de julho de 1978 nasceu Louise Brown o primeiro bebê chamado de “bebê de profeta” do mundo, por terem sido empregados os procedimentos de fertilização *in vitro*, e 06 (seis) anos após, em 7 de outubro 1984, nasceu o primeiro bebê de profeta do Brasil na cidade de São José dos Pinhais.<sup>13</sup>

Dessa forma, as técnicas de reprodução assistida apresentaram-se à sociedade como uma forma de famílias inférteis poderem ter filhos, utilizando o seu próprio material genético ou o material genético de doadores, permitindo inclusive que a fertilização pudesse ocorrer fora do corpo humano.

---

<sup>9</sup> SCALQUETTE, Ana Claudia S. Estatuto da Reprodução Assistida. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 65 e 66.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 238.

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias (Livro eletrônico). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 644.

<sup>13</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 57.

## 1.2. Técnicas de reprodução assistida

As novas técnicas de reprodução assistida, provenientes do acelerado avanço da medicina e, mais precisamente, das pesquisas genéticas, possibilitaram a inúmeros casais a realização do projeto familiar da procriação, os quais anteriormente, por serem considerados inférteis pela medicina, somente poderiam fazê-lo por meio da adoção.

É fato facilmente constatável na atualidade e, portanto, componente da fenomenologia jurídica de nosso tempo, a prática de manobras de técnica e de ciência médica tendentes a realizar, por meio artificiais, a fertilização de novos seres humanos pela manipulação de material genético.<sup>14</sup>

Ana Cláudia Scalquette conceitua a reprodução assistida como:

(...) aquela em que o casal recebe orientação de forma a programar a maneira de suas relações, visando à facilitação do encontro de espermatozoide com o óvulo, ainda que esse encontro se dê por meio de relação sexual.<sup>15</sup>

Dessa forma, podemos definir a reprodução assistida como um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres que apresentam dificuldades de engravidar através dos métodos naturais.

As técnicas da reprodução assistida pode se dar de duas maneiras, uma utiliza a forma de aconselhamento e acompanhamento da periodicidade da vida sexual do casal com o objetivo de aumentar as chances de que ela resulte em uma gravidez, fato que não gera consequências que possam interessar ao ordenamento jurídico.

Já a forma que se utiliza pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, a fim de viabilizar a fecundação, gera consequências no ordenamento jurídico.

Dentre as técnicas de reprodução assistida utilizadas, cumpre destacarmos as seguintes modalidades: fertilização in vitro convencional com transferência

---

<sup>14</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 1ª Edição em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 2.495.

<sup>15</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 58.

intrauterina de embriões (FIVETE), transferência intratubária de gametas (GIFT), transferência intratubária de zigoto (ZIFT), injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), doação de oócitos e criopreservação embrionária, oocitária e de tecido ovariano.<sup>16</sup>

O procedimento da inseminação artificial intrauterina (IIU) é utilizado no tratamento de diversos problemas de infertilidade. Os casais poderão recorrer à IIU onde serão introduzidos espermatozoides diretamente no interior do canal genital feminino sem ocorrência da relação sexual.<sup>17</sup> O procedimento é mais simples, sem a exigência de tantos recursos tecnológicos.

Esta técnica “é indicada para casos de incompatibilidade do muco cervical em casos de deficiência seminal leve e casos de alteração na ovulação com o sêmen do marido.”<sup>18</sup> Mas também é indicada “por fatores masculinos, quando há alteração na concentração espermática, volume seminal e motilidade, bem como em caso de disfunções ejaculatórias e anormalidades imunológicas.”<sup>19</sup>

Guilherme Calmon Nogueira da Gama classifica esse tipo de inseminação artificial que ocorre no próprio corpo da mulher no grupo das “técnicas de fecundação in vivo, ou seja, aquelas que permitem que a concepção se dê no próprio corpo da mulher que, assim, poderá engravidar.”<sup>20</sup>

Outro método utilizado denomina-se FIVETE, ou seja, fertilização in vitro e transferência de embriões. Procedimento que envolve vários atos médicos, formando uma cadeia, até proporcionar a efetiva gravidez da mulher.

(...) inúmeras etapas devem ser percorridas, com êxito, como a indução da ovulação, a punção do folículo e a cultura de óvulos – no que pertine ao material fecundante da mulher –, a coleta e preparação do esperma – no que tange ao material fecundante do homem –, a fertilização do óvulo pelo espermatozoide em ambiente reprodutor do corpo feminino, e, em seguida, a cultura dos embriões que se formaram, para posteriormente haver a transferência para o útero da mulher.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 59.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>18</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit., p. 71.

<sup>19</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 70 e 71.

<sup>20</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação...Op. cit., p. 640.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 641.

O método é indicado para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos.<sup>22</sup> Trata-se de um método caro, que envolve a utilização de medicamentos hormonais, técnicas laboratoriais complexas, aparelhagem moderna para o manuseio de gametas, bem como pessoal plenamente capacitado para a sua realização.

A partir da FIVETE houve a descoberta de outra possibilidade de reprodução assistida, a de Transferência Intratubária de Gametas (GIFT), como uma alternativa à fecundação *in vitro*, pois várias etapas da FIVETE são substituídas com a perspectiva da fecundação *in vivo*.<sup>23</sup> Por meio da qual, haverá introdução do sêmen diretamente no corpo da mulher para que seja facilitado o encontro com o óvulo, e o embrião seja formado.

A técnica favorece ao embrião condições ideais e naturais de desenvolvimento, uma vez que não há qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião.

A técnica é indicada para casais em que a mulher tem pelo menos uma trompa saudável.<sup>24</sup>

As etapas da iniciação da GIFT são idênticas às da FIVETE (...). Após a coleta dos óvulos, há sua introdução num cateter junto com o esperma e em seguida ocorre a transferência para uma ou as duas trompas – aproximadamente um ou dois óvulos com cem mil espermatozoides por trompa, geralmente – onde deverá haver a fecundação (...).<sup>25</sup>

Na técnica ZIFT, transferência intratubária de zigoto, exige-se as mesmas técnicas da GIFT, mas a fecundação ocorre em laboratório. É o método pelo qual se retira o óvulo da mulher para fecundá-lo numa proveta, valendo-se do sêmen do marido ou do doador, para depois introduzir esse embrião *in vitro* no útero da mulher.

“A transferência para as tubas uterinas é feita quando a célula fusionada possui dois núcleos. O zigoto, então, em vez de ser colocado no útero, é transferido para a trompa da mulher.”<sup>26</sup> Diferentemente do que ocorre na GIFT, na ZIFT os

<sup>22</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p.71.

<sup>23</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 647.

<sup>24</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p.71.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit., p. 73.

zigotos pronucleados são depositados nas trompas e, portanto, já houve a fecundação antes da transferência.<sup>27</sup>

Por fim, a técnica conhecida como a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI) consiste na injeção de um único espermatozoide diretamente dentro do óvulo por meio de micromanipuladores acoplados ao microscópio, para que ocorra a fertilização. É indicada em casos de espermatozoides “fracos” ou com risco de não ocorrer à fertilização “espontânea” *in vitro*. Também é utilizada em casos de infertilidade masculina graves, por exemplo, no caso de ausência total de espermatozoides.

Segundo Juliane Fernandes Queiroz o procedimento da ICSI ocorre da seguinte forma:

Numa primeira etapa os espermatozoides são captados através de uma punção nos testículos. Em seguida, o óvulo coletado da mulher, que já estará imerso na mesma substância usada na FIV, será penetrado por uma agulha dez vezes mais fina que um fio de cabelo humano, que nele depositará o espermatozoide. Uma vez fecundado, o embrião será implantado no útero, onde irá se fixar, dando início à gestação.<sup>28</sup>

A respeito das técnicas de reprodução assistida Guilherme Calmon Nogueira da Gama destaca:

As técnicas de reprodução medicamente assistida somente devem ser manejadas por profissionais da Medicina com formação especializada, de modo integrado com outros profissionais da área da Saúde humana e, nessa atividade, é mister a construção de efetivos mecanismos de controle e fiscalização inclusive pelo órgão público de saúde e pela entidade corporativa médica, pois os abusos e danos se avolumam no campo teórico e prático.<sup>29</sup>

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamenta a reprodução assistida através da Resolução nº 2.121/2015<sup>30</sup>, a qual prevê que devem se auxiliar os problemas quanto à infertilidade, bem como informar todo o procedimento da técnica a ser escolhida.

---

<sup>27</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 647.

<sup>28</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit., p. 75 e 76.

<sup>29</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 648 e 649.

<sup>30</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121 de 24 de setembro de 2015. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em 20 de jul. de 2017.

Mas tal corpo de regras não possui caráter vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, e em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>31</sup>, da Constituição Federal, o que demonstra a necessidade da edição de lei referente ao tema.<sup>32</sup>

A medicalização da procriação, em suas faces conceptivas e contraceptivas, faz parte do mundo atual, permitindo uma série de questionamentos. É necessário que a sociedade, como um todo, discuta amplamente as técnicas médicas, a fim de se orientarem as ações de controle social e ético.<sup>33</sup>

Passemos agora à análise das formas de reprodução assistida que foram previstas pelo Código Civil de 2002, em matéria de presunção de filiação.

### **1.3. Formas de reprodução assistida previstas pelo Código Civil de 2002**

Os avanços tecnológicos ocorridos no campo da biotecnologia, principalmente na área da reprodução assistida, acabaram produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento das novas formas de filiação,<sup>34</sup> que trouxeram inúmeras inovações ao ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o Código Civil de 2002 deixou de concentrar-se estritamente na prova da existência de relações sexuais mantidas ao tempo da concepção da criança, como se evidencia nos incisos I e II do artigo 1.597, os quais, respectivamente, consideram concebidos na constância do casamento os filhos nascidos, pelo menos, 180 (cento e oitenta) dias depois de estabelecida a convivência conjugal, ou em até 300 (trezentos) dias após dissolvida a mesma.

Neste sentido, os demais incisos III, IV e V do artigo 1.597 do novo Código Civil, presumem concebidos na constância do casamento os filhos:

- 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;

<sup>31</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de jul. 2017.

<sup>32</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 649.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Op. cit., p. 69.

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de Família. Op. cit., p. 643.

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>35</sup>

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama na “reprodução homóloga, os gametas utilizados são os dos próprios interessados na procriação, ou seja, do casal e, desse modo, a criança a nascer terá informação genética de ambos”<sup>36</sup>, e na “reprodução heteróloga, são utilizados gametas de terceiros (...), diante da impossibilidade do homem e/ou da mulher fornecerem seus próprios gametas.”<sup>37</sup>

E os embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação artificial, concebidos por manipulação genética, mas que não foram introduzidos no útero da mulher.<sup>38</sup> Vez que, a utilização de uma quantidade bastante considerável de embriões nas técnicas de reprodução assistida pode implicar na existência de embriões excedentes, ou seja, aqueles que sobram e que não precisarão mais ser utilizados naquela fecundação.

No inciso III, o código presumiu como filhos os que nascerem da união do espermatozoide e óvulo de seus pais, união que poderá ocorrer dentro ou fora do útero materno.<sup>39</sup> A fecundação artificial homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen utilizado na fecundação provenha do marido ou companheiro, mas não exige autorização do mesmo para a utilização do sêmen. É utilizada nas hipóteses em que tanto o homem quanto a mulher são férteis, mas a fecundação não é possível por vários fatores.

Nesse sentido, a origem dos vínculos parentais é a da consanguinidade, mas que, em se tratando de pessoas casadas, é presumida, porquanto a concepção ocorreu durante o casamento dos pais, ou dentro dos prazos legalmente estabelecidos em que se presume a época da concepção (...).<sup>40</sup>

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte, denominada reprodução assistida *post mortem*, nesse caso, só haverá presunção de paternidade se o nascimento ocorrer até o prazo limite de 300

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 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: 20 de jul. 2017.

<sup>36</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 724.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de Família. Op. cit., p. 644.

<sup>39</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p.74.

<sup>40</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 727.

(trezentos) dias da morte do marido ou companheiro, tema que gera inúmeras consequências no ordenamento jurídico no que tange ao direito de filiação e os direitos sucessórios, que serão abordados adiante no trabalho.

Outra questão que a técnica genética da Reprodução Assistida cria, diz respeito aos embriões excedentários, que o Código Civil de 2002, no inciso IV do artigo 1.597, “cuidou de presumir como filhos os embriões excedentários decorrentes da concepção artificial homóloga, ou seja, somente aqueles que restaram da fecundação feita com material genético dos próprios genitores.”<sup>41</sup>

Por fim, o inciso V, tratou de presumir como filhos do casal aqueles decorrentes do uso do espermatozoide de um doador inserido no ventre de uma mulher,<sup>42</sup> desde que haja prévia autorização do marido. Dessa forma, ao dar o consentimento para a sua realização, o marido assume a paternidade, não podendo posteriormente impugnar a filiação.

Tratando-se da fecundação artificial heteróloga, podemos afirmar que haverá a combinação do material genético de apenas um ou, às vezes, de nenhum dos membros do casal.

Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos.<sup>43</sup>

Diferentemente do que ocorre nas hipóteses dos incisos anteriores, ocorrendo a reprodução assistida heteróloga a paternidade se estabelecerá independentemente da existência de vínculo genético entre pai e filho.

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 74.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 238 e 239.

<sup>44</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 3.020.

Dessa maneira, o Código Civil enfoca a possibilidade de nascimento de filho através das técnicas de reprodução assistida homóloga, heteróloga e dos embriões excedentários.

Na realidade, ao se referir ao tema, o Código Civil omitiu-se a respeito de vários aspectos civis relevantes, o que pode ser atribuído à novidade da matéria.

Sobre isso Sílvio de Salvo Venosa acrescenta:

Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica.<sup>45</sup>

Todavia, cumpre ressaltar que, o Código Civil de 2002 foi o primeiro diploma legal, no ordenamento jurídico brasileiro, a abordar a questão da filiação resultante da aplicação dos métodos da reprodução assistida, o que já demonstra avanço das técnicas no âmbito legislativo.

(...) legislador do novo codex quando assim procedeu, inserindo estas novas formas de filiação no rol de presunções: desejava que os filhos havidos de reprodução assistida não ficassem à margem da proteção legal por ausência de previsão. Ao garantir-lhes o status de filhos por presunção, cumpriu o mandamento constitucional, não deixando espaço para qualquer discriminação por omissão legislativa.<sup>46</sup>

Destarte, a utilização das tecnologias reprodutivas, quando tocam o mundo jurídico, não podem ferir princípios constitucionais, sobretudo direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Em consonância com o contexto jurídico atual, qualquer pessoa capaz, pode recorrer às tecnologias reprodutivas para lograr o projeto de ter filhos.

#### **1.4. Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem***

A reprodução assistida homóloga *post mortem* é a possibilidade de se gerar um filho após a morte de seu genitor. Assunto que gera muita polêmica entre

---

<sup>45</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 235.

<sup>46</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. Estatuto da Criança e do Adolescente: estudo em comemoração aos 20 anos / Andrea Caraciola, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, Aline da Silva Freitas organizadoras. São Paulo: LTr, 2010, p. 131.

doutrinadores, juristas e em toda a sociedade, com inúmeros questionamentos levantados em relação à criança concebida após a morte do genitor e de sua participação ou não na sucessão, devido à carência de legislação específica sobre o tema.

Destarte, que a reprodução assistida homóloga ocorre quando utiliza-se o sêmen do próprio marido para concretizar a reprodução. Por outro lado, é denominada reprodução assistida heteróloga, quando o doador do material genético é um terceiro na relação, conforme já abordado.

Guilherme Calmon Nogueira Calmon ensina que:

Com base nos avanços científicos, é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.<sup>47</sup>

Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho assevera:

As novas técnicas de inseminação artificial possibilitam, no entanto, a ocorrência material de filiação biológica após a morte do autor da sucessão, de modo que o homem ou a mulher que houver conservado material genético, esperma ou óvulo, poderá possibilitar que terceiro, especialmente o cônjuge ou companheiro, utilize do mesmo após o seu falecimento.<sup>48</sup>

O marco inicial das discussões a respeito da possibilidade de reprodução assistida *post mortem* foi o caso francês conhecido como *Affair Parpalaix*. Na França, em 1984, o jovem casal Alain Parpalaix e Corrine Richard vivia em união estável quando Alain foi diagnosticado com câncer nos testículos. Assim, antes de iniciar o tratamento com quimioterapia, o que poderia deixá-lo estéril, Alain procurou um banco de sêmen para depositar seu material genético, mas acabou vindo a falecer dias depois de seu casamento.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 732.

<sup>48</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 20 de jul. 2017.

<sup>49</sup> SOUSA, Luana Gonçalves. Os Reflexos Sucessórios da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. Disponível em: <<https://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 20 de jul. 2017.

Corine procurou o banco de sêmen para realizar a reprodução assistida *post mortem*, e teve seu pedido negado pelo banco, que alegou não haver legislação no país sobre o assunto. O caso foi levado a juízo, e o Tribunal Francês condenou o banco a entrega do material genético. Contudo a inseminação artificial não foi realizada, pois o material genético não estava mais próprio à fecundação.<sup>50</sup>

No Brasil, em virtude da inexistência de uma lei específica que trata do tema, a questão é bastante polêmica, a qual desencadeia diversos posicionamentos, dividindo opiniões entre os doutrinadores, profissionais da área, e também em toda sociedade.

O Conselho Federal de Medicina disciplina as técnicas de reprodução assistida através da Resolução 2.121/2015 que, mesmo não possuindo força normativa, serve como paradigma ético para sua utilização, e assim dispõe:

#### **VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM**

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>51</sup>

Dessa forma, enquanto não for regulamentada a reprodução assistida *post mortem*, tanto os médicos quanto os pacientes se submetem apenas às resoluções e enunciados proferidos pelo Conselho Federal de Medicina.

No presente trabalho, o núcleo da questão discutida será estritamente jurídico, no sentido de abordar se a criança concebida através da técnica de reprodução assistida *post mortem* terá seus direitos preservados no âmbito da família e das sucessões, assim como os direitos garantidos as demais crianças geradas pelos genitores.

---

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2.121 de 24 de setembro de 2015. Disponível em: < [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em 20 de jul. de 2017.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Neste capítulo analisar-se-ão quais os princípios constitucionais podem fundamentar o direito de filiação e os direitos sucessórios dos filhos concebidos através da reprodução assistida *post mortem*. Isso porque, ao contrário da legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil, o qual é omissivo ao não tratar especificamente os efeitos jurídicos que a inseminação artificial após a morte do de cujus pode ocasionar, já a Constituição federal traz espalhada em seu texto uma gama de princípios que podem ser utilizados em prol do bem estar dessa criança.

### 2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Com a efetivação dos direitos fundamentais, outros valores se reergueram e entraram em questão, o Brasil, espelhando-se nas constituições de Portugal e Espanha, buscou um modelo de maior igualdade, liberdade, respeito e proteção ao ser humano, e acabou por introduzir na Constituição Federal de 1988 o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, destacado em seu artigo 1º, III, do Título I.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes pontua:

*(...) a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade.(...)<sup>52</sup>*

O princípio foi incluído com o intuito de dar ênfase à proteção do ser humano e, para a grande maioria dos doutrinadores, é considerado como o mais importante em questão valorativa perante os outros. Assim, deve ser entendido enquanto valor e ao mesmo tempo como finalidade do Estado Social Democrático de Direito.

---

<sup>52</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. – 32. ed. rev. e atual – São Paulo: Atlas, 2016, p. 74.

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito reflete a ideia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro.<sup>53</sup>

A dignidade da pessoa humana atualmente deve nortear todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, pois referido princípio está ligado à ideia de viver bem, de ter qualidade mínima de vida.

No que tange ao Direito de Família, a dignidade da pessoa humana atua em todos os seus institutos, em toda a sua extensão, no sentido de assegurar o pleno desenvolvimento da dignidade e da personalidade de todas as pessoas que integram a família, “assegurando-lhes um sistema protetivo que coíba abusos e propicie o desenvolvimento de uma vida saudável, é, sem dúvida, aquilo que deve nortear qualquer interpretação e normatização, envolvendo as relações familiares”<sup>54</sup>.

No tocante aos filhos, deverá ser resguardado o princípio garantindo-lhes a dignidade, independente de qual seja a natureza da filiação.

Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, que constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantido, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.<sup>55</sup>

No contexto da reprodução assistida humana, Ana Sofia de Souza Fabre analisa que a criança gerada por essa técnica “não é mais nem menos filho que qualquer outro, e tanto sua dignidade quanto seus direitos devem lhe ser reservados desde o momento em que é concebido.”<sup>56</sup>

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, é o princípio superior, sob o qual se organiza e fundamenta o ordenamento jurídico brasileiro, irradiando efeitos, em especial no que tange a proteção dos indivíduos. E como não poderia deixar de ser, o princípio trouxe avanços fundamentais também ao direito de família.

---

<sup>53</sup> SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 30.

<sup>54</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Op. cit.*, p. 305.

<sup>55</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, volume 5: direito de família, 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.37.

<sup>56</sup> FABRE, Ana Sofia de Souza. *Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga post mortem*. 2014. 57 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127075>>. Acesso em: 20 de jul. 2017, p. 39.

## 2.2. Princípio do planejamento familiar e da Paternidade Responsável

O artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988 é enfático ao estabelecer que:

Artigo 226, § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.<sup>57</sup>

Sobre o planejamento familiar Paulo Lobo ensina:

A Constituição Federal (art. 226, § 7º) estabelece que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Não apenas do casal, mas de qualquer dos pais, uma vez que a entidade monoparental é constituída por apenas um dos pais e seus filhos. A responsabilidade e os deveres dos pais derivam dos direitos dos filhos à igualdade. (...) A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, prevê que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, e não apenas do casal, como referido na Constituição. Para os fins dessa 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>58</sup>

José Afonso da Silva entende que a Constituição Federal pautou o princípio do planejamento familiar na paternidade responsável e na dignidade da pessoa humana e explica:

A paternidade responsável, ou seja, a paternidade consciente, não animalésca, é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o planejamento familiar que a Constituição admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício. A Constituição não se satisfaz com declarar livre o planejamento familiar. Foi mais longe, vedando qualquer forma coercitiva por parte de instituições sociais ou privadas (cf. Lei 9.263, de 12.1.96).<sup>59</sup>

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de jul 2017.

<sup>58</sup> LÓBO, Paulo. Direito civil: famílias. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

<sup>59</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 865.

Alexandre de Moraes corrobora:

(...) 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.<sup>60</sup>

O planejamento familiar é regulado pela Lei n. 9.263/96 que declara o direito de todo cidadão à assistência à concepção e contracepção, e que devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas.<sup>61</sup>

Neste sentido, decorre o direito à procriação que abrange o direito de ter acesso às informações e serviços sobre planejamento familiar, incluindo-se aí o acesso às técnicas de reprodução assistida.

O princípio da paternidade responsável pode ser considerado como o dever de cuidado com os filhos, que deve ter priorizado o seu bem estar físico, psíquico e espiritual, reconhecendo todos os seus direitos fundamentais.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama propõe uma nova nomenclatura “Parentalidade Responsável” e dispõe que:

A noção de parentalidade responsável – ou de “paternidade responsável” na expressão escolhida pelo constituinte – traz ínsita a ideia inerente às consequências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas (...) no campo do Direito de Família relacionando aos vínculos paterno-materno-filiais. Sem levar em conta outros dados limitadores – como a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança -, a paternidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva.<sup>62</sup>

Gama, ainda acrescenta:

(...) há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa –

<sup>60</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 1.342.

<sup>61</sup> BRASIL. Lei 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: 20 de jul. 2017.

<sup>62</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 453.

criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.<sup>63</sup>

Ana Cláudia Scalquette, a esse respeito analisa:

Quando os legisladores do Código Civil previram os deveres do casamento, elencaram a guarda, sustento e educação dos filhos como um deles, mas também previram o dever de respeito e consideração mútuos, o qual deve ultrapassar a esfera conjugal e ser irradiada para a prole. Quem respeita cuida, educa, sustenta e protege.<sup>64</sup>

Dessa forma, conclui-se que o princípio da paternidade responsável corresponde à responsabilidade dos pais com os filhos, proporcionando aos mesmos, total assistência material e psíquica, sob pena de assim não o fazendo, serem responsabilizados pelos crimes de abandono material e intelectual<sup>65</sup>.

### **2.3. Princípio da igualdade jurídica entre os filhos**

A Constituição Federal em seu artigo 227, §6º, estabelece que “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.”<sup>66</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza o princípio da proteção integral da criança, toda e qualquer designação discriminatória ou tratamento diferenciado em relação aos filhos foi banida. Assim, o nosso ordenamento jurídico atual preceitua que todos os filhos possuem os mesmos direitos e obrigações independentemente da origem da filiação.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que:

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, §6º, terminou com o período de exclusão e de tratamento diferenciado a respeito dos direitos dos filhos, independentemente do tipo de vínculo (ou sua

<sup>63</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 454.

<sup>64</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 306.

<sup>65</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 1.343.

<sup>66</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de jul. 2017.

ausência) existente entre os pais e da espécie de origem de parentesco.<sup>67</sup>

Gama, ainda acrescenta:

A igualdade no campo do Direito Parental busca identificar os mesmo direitos relativamente às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, sendo totalmente irrelevante a origem da filiação, se matrimonial ou extramatrimonial, se decorrente de vínculo civil – por adoção ou outra origem não sanguínea – ou natural – por vínculo de sangue. Uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação.<sup>68</sup>

Delfim assegura que em virtude deste princípio, deve-se tratar de forma igualitária todos os filhos, independentemente de serem concebidos por técnicas de reprodução assistida, ainda que posterior a morte do pai, casos que se dão por inseminação artificial homóloga *post mortem*.<sup>69</sup>

Rigo defende a aplicação deste princípio aos embriões com base na Declaração dos Direitos Humanos:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos (...). Uma interpretação literal do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos. Todavia, em uma leitura integral e mais cuidadosa de toda a Declaração, nota-se que não há distinção entre os seres já nascidos e os não nascidos. Mesma interpretação deve ter o parágrafo 2º do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, não dando espaço a distinção entre a vida intra e extra-uterina.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 419.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 435.

<sup>69</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “*post mortem*”. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12965>>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

<sup>70</sup> RIGO, Gabriella Bresciani. O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente>>. Acesso em 20 de jul. 2017.

O Estatuto da Criança e do Adolescente repete o artigo da Constituição Federal, em seu artigo 20.<sup>71</sup> Por sua vez, o Código Civil prevê a igualdade entre os filhos no artigo 1.596<sup>72</sup>.

Portanto, não poderá haver diferenciação entre filhos de qualquer origem, inclusive os concebidos após a morte do genitor, objeto deste trabalho, em virtude do princípio da igualdade entre os filhos que surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, finalmente foi alcançado o respeito a todos os filhos, que inclusive adquiriram direitos que antes lhes eram negados.

#### **2.4. Princípio do melhor interesse da criança**

O princípio do melhor interesse da criança disposto no caput do art. 227 da Constituição Federal assegura diversos direitos, como o direito à vida, à dignidade e ao respeito, com prioridade à criança e ao adolescente, sendo a família, a sociedade e o Estado os responsáveis por deles de forma compartilhada.

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.<sup>73</sup>

Nesse sentido, Rigo esclarece:

(...) o princípio do melhor interesse da criança aparece como vetor-guia de todas as ações relativas à criança, inserindo-se no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana (Art. 5º, Constituição Federal). A jurisprudência brasileira já recepcionava o princípio do melhor interesse da criança antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, foi após a entrada em vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente que o princípio começou a desempenhar função interpretativa a ponto de impor uma

<sup>71</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

<sup>72</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 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: 20 de jul. 2017.

<sup>73</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de jul. 2017.

revisão nas interpretações do Código Civil, visando à sua adaptação ao novo direito.<sup>74</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o dispositivo constitucional em seu art. 3º ao prever que “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei”, sendo garantindo-lhes “por lei ou por outros meio, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”<sup>75</sup>

Os artigos 4º e 5º do mesmo Estatuto evidenciam a proteção que é devida às crianças e aos adolescentes, senão vejamos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.<sup>76</sup>

Guilherme Calmon Nogueira da Gama ensina que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora

<sup>74</sup> RIGO, Gabriella Bresciani. O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente>>. Acesso em 20 de jul. 2017.

<sup>75</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.<sup>77</sup>

Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho faz um adendo sobre a fecundação artificial *post mortem*, tema deste trabalho, “A perspectiva da exclusão de direitos àquele concebido e gerado mediante **fecundação artificial *post mortem*** viola os princípios da dignidade humana, do **melhor interesse da criança** (...).”<sup>78</sup> (grifo nosso)

Dessa forma, o princípio do melhor interesse da criança visa proteger à criança e adolescente que se encontra em processo de amadurecimento e formação de personalidade. O importante é zelar pelo interesse da criança e cuidar da sua formação material e psíquica.

---

<sup>77</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 457.

<sup>78</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 20 de jul. 2017, p. 21.

### 3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

#### 3.1. Filiação

A Constituição Federal de 1988 revolucionou o direito de família quando consagrou tratamento isonômico à filiação, o que deu verdadeira ênfase da importância da família na vida do ser humano. Mas, a priori, cumpre salientar, que nem a Constituição, nem o Código Civil definiram expressamente o que seja filiação.

Paulo Lôbo pontua que filiação é:

(...) a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.(...) Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace.<sup>79</sup>

Dessa forma, podemos definir a filiação, de maneira simples, como o vínculo jurídico que une o pai e a mãe a um filho, ou seja, é a relação de parentesco em primeiro grau e em linha reta que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivesse gerado.

Nas últimas décadas o direito de filiação conheceu importantes modificações decorrentes das mudanças de concepção moral vigente na sociedade moderna, e também dos efeitos jurídicos advindos das modernas tecnologias que envolvem a reprodução assistida.

Como se pode observar, o atual conceito de filiação está para muito além daquele que outrora se empregava, em que a primazia do vínculo biológico era praticamente um dogma, Hoje nova abertura se deu, o que, indubitavelmente, trouxe para a discussão jurídica outras questões que deverão permear o conceito de filiação, consubstanciadas na verdadeira experiência paterno-filial, seja ela decorrente da adoção, da reprodução assistida ou do afeto.<sup>80</sup>

A nova concepção de família, a partir dos princípios da igualdade entre os cônjuges e o princípio da igualdade entre os filhos, interligados ao princípio dignidade da pessoa humana, agrega ao conceito de filiação a verdade socioafetiva,

---

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo. Op. cit., p. 216.

<sup>80</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. Op. cit., p. 31 e 32.

e a ela da valor de modo a se compreender que a verdadeira relação de filiação depende, mais do que a identidade genética, do vínculo construído pelo amor, cuidado e afeto entre pais e filhos.

O direito de filiação foi positivado no artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, que consagra a igualdade jurídica entre os filhos, vejamos: “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.”<sup>81</sup>

Respeitando a ordem constitucional, o Código Civil de 2002 também consagrou o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, no âmbito do direito de família, e reproduziu a norma legal em seu artigo 1.596, que adiante se comprova ser de igual teor da norma constitucional: “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>82</sup>

A filiação é, destarte, um estado, o status familiae, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado. O termo filiação exprime a relação entre filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram.<sup>83</sup>

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que:

Essa concepção da filiação impõe uma nova arquitetura ao instituto, que passa a ser compreendido como instrumento garantidor do desenvolvimento da personalidade humana. Os filhos não podem sofrer diferentes efeitos em razão de terem nascido de uma relação matrimonial, ou não. Promoveu-se, dessa maneira, uma total desvinculação, um desatrelamento completo, entre a filiação e o tipo de relação familiar mantida pelos genitores (ou mesmo não mantida por eles).<sup>84</sup>

Nota-se que referidos dispositivos preceituam que, sem exceções, todos os filhos são considerados iguais. E, a partir do momento que consagram a igualdade

<sup>81</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de jul. 2017.

<sup>82</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 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: 20 de jul. 2017.

<sup>83</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 224.

<sup>84</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. – 7. ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Atlas, 2015, p. 540.

absoluta entre os filhos, fazem com que não subsista tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem.

Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva:

O art. 227, §6º, contém importante norma relativa ao direito de filiação, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas. Ficam, assim, banidas da legislação civil expressões como filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos, filhos incestuosos.<sup>85</sup>

Acerca do direito de filiação, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece que é um direito “personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.<sup>86</sup>

O Código Civil traz em seu bojo grandes inovações, que busca transmitir que a filiação além da consanguínea deve-se dar também por adoção ou através das reproduções assistidas, motivo pelo qual preconiza no 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.

Assim, observa-se que “A regra em exame tem por objeto fixar critérios para tornar certa a filiação. O dispositivo foi alterado significativamente em relação ao CC revogado, na medida em que não se restringiu às hipóteses de relação sexual.”<sup>87</sup>

Diante do exposto, conclui-se que:

---

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 866.

<sup>86</sup> BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

<sup>87</sup> PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916 – 8 ed. ver. Atual. – Barueri, SP: Manole, 2014, 1623.

A grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a *proteção* a ser conferida ao direito à filiação. É de se buscar a maneira mais eficaz de assegurar o exercício da filiação nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas (...).<sup>88</sup>

### 3.2. A reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito ao estado de filiação

Graças aos avanços da ciência, atualmente é possível gerar um filho após o falecimento dos progenitores biológicos, através das técnicas de reprodução assistida. No entanto, este ainda é um assunto que gera inúmeros questionamentos no tocante ao direito de filiação e sucessório.

Diante desta situação, surgem as seguintes perguntas: o embrião concebido após a morte do genitor se beneficia da presunção de paternidade? O embrião não concebido na data da abertura da sucessão poderá ser herdeiro? Conclui-se que o assunto em adendo, neste trabalho, traz inúmeros questionamentos, o que enseja a necessidade de discussões sobre o tema.

No Brasil, o direito ao planejamento familiar está regulamentado na Lei nº 9.263/96, que assegura “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos (...).”<sup>89</sup>

Neste sentido, Maria Berenice Dias observa:

Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF 226 § 7.º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de **reprodução assistida** é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa realização do sonho da filiação. O tema da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento nesse preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. Assim, distúrbios da função procriativa constituem problema de saúde pública, devendo o Estado garantir acesso a tratamento de esterilidade e reprodução.<sup>90</sup> (grifo nosso)

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002, já transcrito anteriormente, expõe que a filiação é determinada na ideia de presunção do estado de filiação que passou “a

<sup>88</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 541.

<sup>89</sup> BRASIL. Lei 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: 20 de jul. 2017.

<sup>90</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de Família. Op. cit., p. 634.

incidir não apenas nas filiações decorrentes de fecundação sexual (incisos I e II do art. 1.597), alcançando, também, aquelas oriundas de fecundação artificial assistida (incisos III, IV e V do citado dispositivo legal).<sup>91</sup>

Conforme exposto, o citado artigo prevê algumas hipóteses em que a paternidade será presumida, sendo que uma delas refere-se aos casos de reprodução assistida homóloga *post mortem*, senão vejamos:

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

(...)

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.

O inciso III dispõe que o filho concebido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, será presumida a concepção na constância do casamento. Caso típico de inseminação *post mortem*, aqui se demonstra argumento a favor do ponto de vista de que o filho havido por inseminação artificial homóloga, mesmo após a morte de seu genitor, é filho para fins de Direito, e obtém “por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social, tendo em vista que a família monoparental é protegida constitucionalmente.”<sup>92</sup>

Depreende-se, destarte, que embora a hipótese do inciso III – inciso que mais interessa ao objeto do trabalho – não exija a prévia autorização do marido para o uso de seu sêmen depois do óbito, o citado Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal impõe como necessário tal formalidade, bem como que a sua esposa ostente o estado civil de viúva.

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 obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

---

<sup>91</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 567.

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 5 - Direito de Família - 30ª ed. 2015, p. 511.

A doutrina também assente quanto à exigência do consentimento do marido da mãe. Maria Helena Diniz, por exemplo, aduz que:

(...) o uso do material fertilizante depende de anuência prévia específica do doador (Resolução CFM n. 2.013/2013, seção VIII), uma vez que tem propriedade sobre as partes destacada de seu corpo. Logo, deverá estar vivo, por ocasião da inseminação, manifestando sua vontade, após prévio esclarecimento do processo a que se submeterá (Resolução CFM n. 2.013/2013, Seção I, n. 3).<sup>93</sup>

Maria Berenice Dias corrobora o entendimento:

A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la.<sup>94</sup>

Neste sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho conclui que “Encontrando-se o cônjuge sobrevivente na condição de viúvo(a) e havendo autorização expressa do outro cônjuge à realização da inseminação póstuma não há qualquer dúvida sobre a incidência da presunção estabelecida na legislação civil.”<sup>95</sup>

No cenário judiciário brasileiro a inseminação artificial *post mortem* tem gerado muitos debates no direito de família. Recentemente, na cidade de Curitiba em 2010, uma mulher que desejava engravidar do marido falecido conseguiu liminar que determinou a realização da fertilização pela clínica que guardava o sêmen congelado do cônjuge morto.

No caso, a viúva tinha a intenção de dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos, a qual seria efetivada mediante a inseminação do sêmen congelado. Entretanto, ao procurar o laboratório em que foi depositado o esperma, soube que não poderia utilizá-lo, uma vez que no momento da coleta do material genético não houve consentimento prévio do marido acerca da utilização do esperma após a sua morte e, ainda, o laboratório alegou “razões éticas” para justificar tal recusa.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., 2015, p. 511.

<sup>94</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de Família. Op. cit., p. 645.

<sup>95</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 20 de jul. 2017. p. 17.

<sup>96</sup> Processo número: 27862/2010. Número unificado: 0027862-73.2010.8.16.0001. Autora: KATIA ADRIANA LENERNEIER; Réu: ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO

Entretanto, o Poder Judiciário, em sede de antecipação de tutela e liminar, deferiu a pretensão postulada pela autora, entendendo que a manifestação de vontade não deveria ser necessariamente escrita, nos moldes do enunciado n.º 106 do Conselho da Justiça Federal, mas sim decorrentes de atos inequívocos do próprio falecido em vida.

Diante disso, a viúva engravidou e em junho de 2011 a bebê nasceu.<sup>97</sup> A criança teve direito à filiação, em razão da autorização para a inseminação *post mortem* mesmo sem o consentimento expresso do genitor.

Dessa forma, da análise do artigo 1.597 do Código Civil e dos referidos Enunciados aprovado na Jornada de Direito Civil, induz não haver dificuldades legais para o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* ser reconhecido como tal, uma vez que existe a filiação biológica e, também, a previsão legal de presunção de paternidade daquele que foi concebido por essa técnica de procriação medicamente assistida, ainda que já falecido o genitor e desde que haja a sua prévia autorização.

---

HUMANA E ANDROLOGIA. Disponível em: <http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2206913/mulher-pode-ter-filho-de-marido-morto>. Acesso em 20 de jul. 2017.

<sup>97</sup> KANIAK, Thais. Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

#### 4. REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE SUCESSÕES

A Constituição Federal de 1988 elenca a herança como direito fundamental, devidamente amparada pelo artigo 5º, inciso XXX, portanto, cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico. Não obstante, mais a frente o artigo 226, §6º assegurou a igualdade entre os filhos, sejam havidos ou não em casamento e os adotados, no que tange aos direitos, inclusive no âmbito sucessório.<sup>98</sup>

Neste contexto, Maria Helena Diniz ensina que “o direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplina a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento”<sup>99</sup>.

Flávio Tartuce concluiu que,

(...) o Direito Sucessório está baseado no direito de propriedade e na sua função social (art. 5º, XXII e XXIII e XXIII, da CF/1988. Porém, mais do que isso, a sucessão mortis causa tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme o art. 1º, III e o art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988.<sup>100</sup>

Assim, com a morte do autor da herança, o sucessor passa a tomar a posição jurídica do falecido, sem que haja qualquer modificação na relação de direito, que permanece a mesma, apesar da mudança do sujeito.

Contudo, para tanto, é essencial para a identificação da pessoa do herdeiro, a sua posição dentro da ordem de vocação hereditária ou em função do testamento.

O artigo 1.798 do Código Civil dispõe que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Ocorre que, com as atuais técnicas de inseminação artificial é possível o nascimento de filho após a morte do autor da herança, conforme já explanado, sem que tenha havido prévia concepção, onde basta conservar o material genético para que terceiro utilize após o falecimento do *de cujus*.

Nesse sentido, Guilherme C. N. da Gama dispõe:

<sup>98</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 7. p. 24.

<sup>99</sup> DINIZ, Maria Helena. Direito das Sucessões. Vol. 6, 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pg. 03.

<sup>100</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1.479.

(...) é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo - quanto a este, as experiências científicas são mais recentes - possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.<sup>101</sup>

Isto significa que, pela sucessão legítima, é impossível que o filho concebido após a abertura da sucessão herde, por não preencher o requisito de estar, ao menos, concebido à época da morte.

Assim, o Código Civil abordou o tema trazendo apenas uma solução, de acordo com o inciso I, artigo 1.799:

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.

Dessa forma, observa-se que o filho concebido *post mortem* só poderá herdar por força de testamento, e, assim, não integrará o rol de herdeiros legítimos.

Adiante, o Código Civil determina, no artigo 1.800, §4º, um prazo para a concepção da prole eventual:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

(...)

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Com isso, embora a legislação não tenha dado uma solução definitiva à controvérsia, ainda assim, determinou que os bens reservados a prole eventual ficassem confiados a um curador nomeado pelo juiz, no prazo máximo de 02 anos.

Dessa forma, resta demonstrado que inexistem leis regulando a sucessão dos filhos concebidos através da reprodução assistida homóloga *post mortem*, em razão disto vem ocorrendo inúmeras divergências na doutrina sobre a aplicação dos direitos sucessórios.

---

<sup>101</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 732.

Como evidenciado, o tema não comporta unanimidade e três posicionamentos divergentes discutem o tema. A primeira corrente não admite o direito de sucessão ao filho concebido *post mortem*, a segunda corrente admite somente se ocorrer através de testamento em benefício de prole eventual e a terceira corrente que admite a sucessão, baseados no princípio constitucional da isonomia dos filhos.

A primeira corrente, que é minoritária, não reconhece o direito de sucessão à criança concebida através da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A primeira que poderíamos denominar excludente, não reconhece qualquer direito ao filho engendrado, após a morte do genitor, mediante assistência médica, quer no âmbito do direito de família, quer para fins sucessórios. Além disso, os defensores desta corrente entendem que há proibição para realização de tal prática, como acontece em países como Alemanha e Suécia, que adotam sistemas positivos restritivos em que se proíbem e sancionam as atuações consideradas socialmente danosas.<sup>102</sup>

Adepto da teoria contrária ao direito de sucessão está Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, que afirma que “o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”.<sup>103</sup>

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira nega direitos sucessórios ao ser concebido por inseminação artificial *post mortem*, pois, à vista do que dispõe o art. 1.798 do Código Civil, apenas as pessoas nascidas ou já concebidas, por ocasião da morte do *de cuius*, estão legitimadas a sucedê-lo.<sup>104</sup>

Já a segunda corrente, defende a possibilidade de inserção do concebido após a morte do autor da herança apenas no âmbito da sucessão testamentária, desde que haja expressado disposição de última vontade em favor da prole eventual do próprio *de cuius*, que a mulher continue viúva e que o nascimento aconteça no prazo de 02 anos da abertura da sucessão.

<sup>102</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 20 de jul. 2017. p. 12.

<sup>103</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito/2>> Acesso em 20 de jul. 2017.

<sup>104</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 382.

Posicionamento defendido por alguns autores com fundamento no §4º do art.1.800 do Código Civil, já descrito acima, e no Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal:

**Enunciado 106** - Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Nesse sentido, Guilherme C. N. da Gama observa:

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor da prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo-se à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.<sup>105</sup>

Silvio Venosa defende esta teoria e afirma que:

Desse modo, os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até 02 anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800).<sup>106</sup>

Também adepta deste entendimento, Maria Helena Diniz se posiciona sobre o tema:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em

---

<sup>105</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação... Op. cit., p. 732.

<sup>106</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 241.

testamento. Abri-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.<sup>107</sup>

Por fim, a terceira corrente defende que os direitos sucessórios ao filho concebido pela inseminação *post mortem*, independe de testamento, admitindo direitos iguais no âmbito das sucessões, já que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, estabelece o princípio da igualdade entre os filhos, proibindo qualquer forma de distinção.

Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

(...) são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição.<sup>108</sup>

Ademais, acrescenta ainda o autor que:

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e 227, §6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direito entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação.<sup>109</sup>

Maria Berenice Dias assevera que, não há justificativa para que o herdeiro seja excluído da sucessão, unicamente pelo fato de ter sido concebido após a morte, uma vez que o embrião é filho, que foi concebido por vontade do genitor.<sup>110</sup>

Ademais, Dias alerta que o legislador não permitiu nenhuma exceção ao princípio da igualdade previsto no art. 227, §6º da Constituição Federal, portanto não

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena. O Estatuto Atual do Biodireito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 550.

<sup>108</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de Família. Op. cit., p. 646.

havendo motivo para que lei infraconstitucional restrinja o direito do filho assim concebido.<sup>111</sup> E ainda:

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim presume-se a paternidade do filho biológico depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (...) Vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho.<sup>112</sup>

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald corroboram o entendimento de que, “(...) o embrião laboratorial, vindo a ser implantado e nascer com vida, não pode ser privado do direito sucessório, sob pena de tratamento desigual injustificado, espancando o ideal almejado pelo constituinte”.<sup>113</sup>

A perspectiva da exclusão de direitos àquele concebido e gerado mediante fecundação artificial *post mortem* viola os princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança, porquanto segundo a lição de Emmanuel Kant dignidade é tudo aquilo que não tem preço, seja pecuniário seja estimativo, ou seja, o que é inestimável, indisponível. O reconhecimento de amplos direitos à criança nascida mediante fecundação póstuma respeita a Constituição Federal à medida que o legislador se preocupou com a dignidade das pessoas e a proteção à família dá-se “nas pessoas de cada um dos que a integram” (art. 226, §8º).<sup>114</sup>

Alguns doutrinadores alegam que a segurança jurídica estaria sendo corroída, no entanto, no entendimento de Maria Berenice Dias “a tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos.”<sup>115</sup>

Dessa forma, percebe-se que o argumento utilizado pela corrente que defende o direito sucessório ao filho concebido a partir da reprodução assistida

<sup>111</sup> DIAS, Maria Berenice. Direito de Família. Op. cit., p. 647.

<sup>112</sup> *Idem*. Manual das Sucessões. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 123-124.

<sup>113</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Sucessões (Coleção curso de direito civil; v. 7). – São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

<sup>114</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 20 de jul. 2017. p. 21.

<sup>115</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 118.

homóloga *post mortem* é a igualdade de direito entre os filhos, previstos no art. 227, §6º da Constituição Federal.

Todavia, este argumento tem dificuldade de ser aplicado, tendo em vista a falta de regulamentação de direitos sucessórios para os filhos concebidos *post mortem*, o que acaba violando expressamente o princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Para encerrar essa breve explanação acerca do direito sucessório ao filho concebido a partir da reprodução assistida homóloga *post mortem*, cabe apresentar o Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal aprovado na III Jornada de Direito Civil, o qual entende que se deve fazer uma interpretação extensiva do art. 1.798 àqueles:

**Enunciado 267** - A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

Conclui-se, dessa forma, de que na III Jornada de Direito Civil o embrião foi considerado um sucessor legítimo da herança de seu genitor, ao contrário da doutrina que ainda divide opiniões.

Com os posicionamentos expostos anteriormente, pode-se inferir a diversidade de interpretações doutrinárias sobre o questionamento sucessório abrangendo a técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, revelando-se a fragilidade da ordem jurídica em face da nova realidade.

Portanto, entende-se que são necessários que sejam garantidos os direitos sucessórios dos filhos oriundos das técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*, visando a não infringência ao princípio constitucional da isonomia de direitos entre os filhos.

Por fim, verifica-se que no Brasil a situação está longe de ser pacificada, todavia, acredita-se que, independentemente da forma de exigibilidade da herança, no âmbito sucessório deve prevalecer à obediência aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade de planejamento familiar e da igualdade entre os filhos.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho aborda a reprodução assistida *post mortem*, que surge como um caminho para aqueles que não conseguem gerar seu filho pelo método tradicional. Método que consiste na utilização de técnicas laboratoriais com a interferência do homem no processo de procriação dos seres humanos.

No tocante ao método da reprodução assistida *post mortem*, o planejamento familiar surge antes da morte do genitor, mas tem continuidade mesmo depois de seu falecimento, quando este armazena seu material genético em uma clínica especializada em reprodução assistida para ser usada por sua companheira ou companheiro.

Buscou-se abordar a importância da família e do direito à procriação através das técnicas de reprodução assistida, que vem sendo utilizada para solucionar diversos problemas gerados pela infertilidade.

Técnicas que foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico com a entrada do Código Civil de 2002, que apenas faz menção ao instituto, mas não a regulamenta de forma integral.

Constata-se que, a evolução científica de fato não fora acompanhada pelo Direito, há carência legislativa em relação à reprodução assistida *post mortem*, o que provoca discussões e divergências doutrinárias sobre o tema.

Primeiramente, analisou-se a filiação decorrente da reprodução assistida, no ordenamento jurídico brasileiro. Verificou-se que, em que pese a reprodução assistida *post mortem* não estar devidamente regulamentada, bem como a doutrina e a jurisprudência não possuem entendimento pacífico acerca do tema, o art. 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002 prevê a presunção de filiação dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o genitor.

Assim, no que diz respeito à filiação, não há conflito jurídico, pois o material utilizado é do próprio falecido. Logo, não há dúvida quanto à paternidade da criança.

No entanto, surge a problemática no que diz respeito aos direitos sucessórios dos filhos havidos por reprodução assistida *post mortem*, o qual exclui do rol dos herdeiros os filhos havidos após o falecimento do autor da herança.

Com isso, surgem 3 posicionamentos doutrinários divergentes que buscam harmonizar o problema referente à reprodução assistida *post mortem*.

A primeira corrente entende que o filho gerado após a morte do genitor não faz jus à sucessão, com fundamento no que dispõe o art. 1.798 do Código Civil, que apenas as pessoas nascidas ou já concebidas, por ocasião da morte do *de cuius*, estão legitimadas a sucedê-lo.

Já a segunda corrente, defende a possibilidade de inserção do concebido após a morte do autor da herança apenas no âmbito da sucessão testamentária, desde que haja expressado disposição de última vontade em favor da prole eventual do próprio *de cuius*, que a mulher continue viúva e que o nascimento aconteça no prazo de 02 anos da abertura da sucessão.

Por outro lado, a terceira corrente sustenta a possibilidade do filho oriundo da reprodução assistida *post mortem* possuir direitos sucessórios, com fundamento no princípio da igualdade jurídica entre os filhos.

Dessa forma, a exclusão dos direitos sucessórios do filho oriundo da reprodução assistida *post mortem* contraria claramente o princípio constitucional da igualdade de filhos, consagrado no art. 227, §6º da Constituição Federal, vez que o legislador constitucional não previu qualquer exceção ao princípio da isonomia entre os filhos, independentemente de sua origem ou relação fático-jurídica em que se encontrem os pais.

Após o estudo do princípio constitucional da isonomia de direitos entre os filhos, bem como após a análise dos diferentes posicionamentos doutrinários acerca do assunto, verificou-se que é mais adequada a posição pela qual o filho concebido após a morte deve sim possuir direitos sucessórios, da mesma forma como os demais oriundos pelos meios naturais.

Assim, cabe ao intérprete compatibilizar o tema da reprodução assistida *post mortem* com os princípios constitucionais da igualdade jurídica dos filhos e da dignidade da pessoa humana, devendo a Constituição Federal juntamente com os demais princípios que norteiam a família serem o alicerce para se resolver possíveis questões relacionadas ao tema.

Ademais, ressalta-se a importância da criação de lei específica que alicerce e desenvolva o tema da reprodução assistida, cabendo aos legisladores e operadores do direito regulamentar a técnica de reprodução assistida *post mortem*, de forma a preservar os direitos de família e à sucessão do filho concebido a partir desta técnica.

## REFERÊNCIAS

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 20 de jul. 2017.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito/2>.> Acesso em 20 de jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 20 de jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm)>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

BRASIL. **Lei 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: 20 de jul. 2017.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** 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: 20 de jul. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 2.121 de 24 de setembro de 2015.** Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em 20 de jul. de 2017.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em:< <http://jus.com.br/revista/texto/12965> >. Acesso em: 20 de jul. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** (Livro eletrônico). 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, volume 5: direito de família, 28ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 5 - Direito de Família - 30ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga *post mortem***. 2014. 57 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127075>>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6**. – 7. ed. rev. ampl. e atual - São Paulo: Atlas, 2015, p. 540.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Sucessões (Coleção curso de direito civil; v. 7)**. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

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.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANIAK, Thais. **Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto. 2013.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 20 de jul. 2017.

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

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 32. ed. rev. e atual – São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 1ª Edição em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916** – 8 ed. ver. Atual. – Barueri, SP: Manole, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. V / Atual. Tânia da Silva Pereira. – 25. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial**. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente>>. Acesso em 20 de jul. 2017.

SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S.; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Estatuto da Criança e do Adolescente: estudo em comemoração aos 20 anos** / Andrea Caraciola, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, Aline da Silva Freitas organizadoras. São Paulo: LTr, 2010.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, Luana Gonçalves. **Os Reflexos Sucessórios da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem***. Disponível em: <<https://www.jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 20 de jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único. 6. ed.** rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família, 11. ed.** São Paulo: Atlas, 2011.