

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**CURSO DE DIREITO**

**MARYANNE DE BRITO PINTO**

**VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.798, DO  
CÓDIGO CIVIL, DIANTE DA POSSIBILIDADE MATERIAL DA CONCEPÇÃO  
ARTIFICIAL POST MORTEM**

**São Luís**  
**2018**

**MARYANNE DE BRITO PINTO**

**VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.798, DO  
CÓDIGO CIVIL, DIANTE DA POSSIBILIDADE MATERIAL DA CONCEPÇÃO  
ARTIFICIAL POST MORTEM**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Raimundo Nonato Serra Campos  
Filho.

**São Luís  
2018**

**MARYANNE DE BRITO PINTO**

**VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.798, DO  
CÓDIGO CIVIL, DIANTE DA POSSIBILIDADE MATERIAL DA CONCEPÇÃO  
ARTIFICIAL POST MORTEM**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial  
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (Orientador)**

---

**EXAMINADOR 1**

---

**EXAMINADOR 2**

*Dedico à minha família, especialmente minha mãe, Maria Aparecida de Brito, ao meu pai, Manoel de Jesus Pinto Filho, e a minha avó, Mariana Batalha que no transcorrer do meu tortuoso caminho acadêmico, nunca desistiram de mim e de ajudar a fomentar os meus sonhos de vida.*

*“Em quantas mansardas e não-mansardas do mundo*

*Não estão nesta hora gênios-para-si-mesmos sonhando?*

*Quantas aspirações altas e nobres e lúcidas -*

*Sim, verdadeiramente altas e nobres e lúcidas*

*-,*

*E quem sabe se realizáveis,*

*Nunca verão a luz do sol real nem acharão ouvidos de gente?*

***O mundo é para quem nasce para o conquistar***

***E não para quem sonha que pode conquistá-lo, ainda que tenha razão.”***

*Álvaro de Campos*

## RESUMO

Este trabalho apresenta considerações acerca da técnica de reprodução assistida post mortem a luz do direito sucessório. Elenca os conceitos e características a respeito de tal técnica-científica de procriação, bem como situá-la perante o ordenamento jurídico pátrio e suas reverberações na legislação infraconstitucional. . Para tanto, traz no seu bojo, apontamentos acerca da Filiação, buscando abordar evolução histórica da reprodução assistida, além de seu conceito e reflexos no ordenamento pátrio. Aponta as posições doutrinárias acerca da possibilidade de reflexos no instituto da sucessão, bem como enfatiza a importância prática de uma melhor abordagem jurídica da inseminação homóloga assistida post mortem como forma de garantir princípios Constitucionais, tais quais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade entre os filhos e Livre Planejamento Familiar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reprodução Assistida Homóloga. Inseminação Artificial Post Mortem. Direito Sucessório.

## **ABSTRACT**

This work presents considerations about the technique of postmortem assisted reproduction in the light of inheritance law. It covers the concepts and characteristics regarding this scientific-technical of procreation, as well as situate it before the legal order of the country and its reverberations in the infraconstitutional legislation. . For that, it brings in its bulge, notes about the Sonship, seeking to address the historical evolution of assisted reproduction, as well as its concept and reflexes in the national order. It points out the doctrinal positions on the possibility of reflexes in the institute of succession, as well as emphasizes the practical importance of a better legal approach of homologous insemination assisted post mortem as a way of guaranteeing Constitutional principles, such as the Dignity of the Human Person, Equality between children and Free Family Planning.

**KEY WORDS:** Homologous Assisted Reproduction. Artificial Insemination Post Mortem. Succession Law

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1. Evolução histórica da reprodução assistida .....</b>	<b>12</b>
<b>2.2. Principais técnicas de reprodução assistida .....</b>	<b>17</b>
<b>3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST-MORTEM.....</b>	<b>21</b>
<b>3.1. Reprodução assistida post mortem e o direito comparado .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2. Princípios constitucionais aplicáveis a reprodução assistida post mortem .....</b>	<b>25</b>
3.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	25
3.2.2. Princípio da igualdade .....	28
3.2.3. Princípio do melhor interesse da criança .....	31
3.2.4. Princípio do livre planejamento familiar e da paternidade responsável .....	35
<b>3.3. Reprodução assistida post mortem e os permissivos jurídicos para sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro .....</b>	<b>38</b>
<b>4. REPRODUÇÃO POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO .....</b>	<b>43</b>
<b>4.1. Abertura da sucessão e modalidades de sucessão .....</b>	<b>44</b>
4.1.1. Sucessão legítima.....	45
4.1.2. Sucessão testamentária .....	46
<b>4.2. Sucessão do filho concebido post mortem e relativização do princípio da coexistência insculpido no artigo 1798 do código civil .....</b>	<b>48</b>
<b>4.3. Prazo prescricional para a implementação do gameta após a morte do genitor .....</b>	<b>54</b>
4.3.1. Prazo prescricional e sucessão testamentária.....	54
4.3.2. Prazo prescricional e a sucessão legítima .....	55
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>57</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>60</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Jamais foram vistos e vivenciados relevantes avanços científicos tais como os que se apresentam hodiernamente. Fatos, outrora impensáveis, tornam-se relativamente rotineiros e comuns, e o âmbito da saúde e da medicina vem modernizando-se a cada dia mais com todas as descobertas e tecnologias desenvolvidas. No entanto, tais avanços fazem-se sentir em outras áreas da sociedade, fomentando discussões éticas e jurídicas dos seus limites e suas consequências, ainda que impossíveis de serem previstas.

As novas tecnologias médicas trazem no seu bojo a necessidade de se considerar novos paradigmas à ciência jurídica. Foram muitas as inovações trazidas pela ciência, inclusive no âmbito da reprodução assistida, fazendo emergir novos questionamentos a serem solvidos pelo Direito, ao exemplo a problemática existente na sucessão decorrente de inseminação artificial humana homóloga *post mortem*, e este é o tema a ser esclarecido pela presente faina. A prática mencionada toca diretamente as relações familiares, surtindo efeitos tanto no Direito de Família quanto no direito sucessório.

O Código Civil de 2002 traz a possibilidade que sobre os filhos concebidos mediante inseminação artificial homóloga *post mortem* recai a presunção de paternidade. O ordenamento pátrio não traz, pois, qualquer proibição legislativa acerca da inseminação *post mortem*, não obstante também não há qualquer regulamentação do direito sucessório destes embriões que vierem a ser fecundados. Resta evidente que o não tratamento devido do ordenamento fomenta ao vindouro infante uma insegurança jurídica, recaindo sobre o mesmo o risco de não poder tomar posse de um direito que lhes pertencem.

Destarte, buscar-se-á esclarecer a origem das técnicas de reprodução humana assistida, assim como suas espécies e suas relações com o direito das sucessões. Objetiva-se compreender o evoluir das técnicas de reprodução assistida, bem como seus conceitos, a fim de que se possa criar um substrato concreto para análise da temática basilar deste trabalho. Trazido também será um panorama sintético da inseminação *post mortem* no âmbito internacional, trazendo as soluções que foram dadas no direito comparado para a celeuma apresentada.

Após esta análise geral da temática, necessária à compreensão das nuances do tema em questão, trabalhar-se-á os princípios incidentes que permeiam a reprodução assistida *post mortem*, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o melhor interesse do menor, dentre outros, posto que os entendimentos doutrinários que sustentam a temática giram em torno conteúdo principiológico.

Também será objetivo deste trabalho demonstrar a relação do tema em exame com a Bioética, analisar os institutos do direito sucessório e avaliar, através da interpretação sistemática das regras contidas no Código Civil e na Constituição Federal, se o filho concebido mediante inseminação artificial *post mortem* está apto ou não a suceder, tentando responder se restará possível a participação na sucessão do embrião, fruto de fecundação artificial homóloga, implantado em momento posterior ao falecimento do pai.

Não pode se negar que tal temática possui importância jurídica, posto que diante dinamismo social e suas constantes mutações, principalmente no que concerne o evoluir, a passos largos, da ciência genética, não pode o direito quedar-se silente, e não acompanhar os notórios avanços sentidos, sob pena de que se ceifem direitos tão raros e necessários, em razão de ordenamento desatualizado e lacunoso como se apresenta o brasileiro.

Ao indivíduo concebido pela inseminação homóloga *post mortem* é dado status de filhos, e os direitos concernentes à filiação, tais como presunção de paternidade e igualdade diante dos demais filhos. No entanto, malgrado considerados filhos, a estes não se estendem os direitos sucessórios por inexistência de previsão legal. Portanto, tomando um posicionamento analítico do ordenamento, sob a luz dos princípios trazidos por nosso texto constitucional e dos entendimentos doutrinários acerca da matéria, deve se buscar solver tal falha, salvaguardando os direitos hereditários destes sujeitos.

## 2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Com evoluir dos estudos científicos e o fomento de inovações tecnológicas, foram desenvolvidas as técnicas de Reprodução Assistida, no escopo de atender as aspirações sociais na busca por possibilitar a maternidade e paternidade àqueles por si só não conseguem tornar real tal desejo. Mária de Fátima Freire de Sá e Gustavo Pereira Leite Ribeiro afirmam que:

“A evolução [do ser humano] já não parece ser exclusivamente um processo dirigido pelas forças do acaso e da seleção, cujos produtos são aceites como fatalidades, sobretudo ao nível das patologias humanas e das espécies de microorganismo. As perspectivas são outras porque as possibilidades de modificar e melhorar a diversidade fazem parte já das realidades das biotecnologias, criando-se fórmulas hereditárias por intervenção direta dos genomas, gerando, assim, novas formas de vida, novas variantes, como que numa antecipação consciente às forças cegas e demoradas da seleção natural, certamente num ousado desafio à natureza. Antevê-se a possibilidade de uma existência absolutamente programada até ao mais ínfimo detalhe – existência que afastaria da pessoa valores que lhe são extremamente caros, como a capacidade de improvisar, de viver com espontaneidade, de poder encarar e estar receptivo ao inesperado e ao desconhecido.”<sup>1</sup>

Tomando por base as inferências de Álvaro Villaça Azevedo, conceitua-se a Reprodução Assistida como “fecundação, com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou saúde, para a paciente e para seu futuro filho.”<sup>2</sup>

Em síntese do que foi apresentada, de acordo com Adriana Maluf, a conceituação de reprodução assistida seria uma espécie de intervenção humana no processo de reprodução natural, com escopo de fazer com as pessoas possam resolver problemas de infertilidade e esterilidade, assim realizar as aspirações de maternidade ou paternidade.<sup>3</sup>

No que concerne à terminologia utilizada, é de se destacar que tanto em âmbito doutrinário nacional quanto internacional, faz-se uso da expressão “Reprodução Assistida”. Nesse contexto, é de salutar a referência aos dizeres dos Enunciados do Conselho da Justiça Federal n. 105 da I Jornada de Direito Civil e n. 258 da III Jornada de Direito civil, abaixo transcritos:

---

<sup>1</sup> SÁ, Mária de Fátima de. RIBEIRO; LEITE, Gustavo Pereira. Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética. In: CASABONA, Carlos María Romeo; DE SÁ, Maria de Fátima Freire (coords.). **Desafios jurídicos da biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007 p. 108.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, Direito e reprodução humana assistida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.145.

<sup>3</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013, p. 193.

“105 - Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida.”<sup>4</sup>

258 - Arts. 1.597 e 1.601: Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta.”<sup>5</sup>

Depreende-se dos supramencionados enunciados que, no Brasil, no que diz respeito a esta matéria, faz-se uso dos termos, “reprodução assistida” e “procriação assistida”, podendo ser utilizadas indistintamente ambas as nomenclaturas. Cumpre destacar que, em que pese os termos “esterilidade” e “infertilidade” sejam muitas utilizados como sinônimos, tais termos possuem significados tecnicamente distintos. “A esterilidade é entendida como situação irreversível e, portanto, apenas passível de resolução mediante o recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida”<sup>6</sup> No que se refere a infertilidade “[...] é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade”.<sup>7</sup>

Diante do que fora exposto, as técnicas de Reprodução Assistida tem por finalidade possibilitar que o ser humano que padeça com a infertilidade ou esterilidade possa ter filhos, independentemente de relação sexual, pois são realizadas mediante procedimentos laboratoriais que substituem ou facilitam etapas da fecundação. No obstante, deve ser observado que as técnicas de reprodução devem ser utilizadas somente quando for observado que não há outra forma de gerar filhos naturalmente. É relevante ainda apontar que a Resolução nº 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina proibiu a utilização desses métodos para seleção de sexo ou qualquer outra característica do futuro filho a ser concebido.

É cediço que a principal finalidade da reprodução humana assistida seja promover a realidade do desejo de ter filhos biológicos para aqueles que padecem com a infertilidade, porém ela também é utilizada a outros fins. Desta forma, tais técnicas podem ser utilizadas

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_. Enunciado nº 105, Jornada de Direito Civil I. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-ev-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_. Enunciado nº 258, Jornada de Direito Civil III. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-ev-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2018

<sup>6</sup> ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética**, Brasília-DF, vol. 22, nº 1, p. 66-75. Disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/883/975](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975). Acesso em 19 de mar, 2018.

<sup>7</sup> MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 21.

para evitar a possibilidade de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosas. Como depreende-se da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013/2013:

“1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.  
2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos. Outra finalidade da reprodução humana medicamente assistida deve ser estendida a todos os âmbitos familiares, seja família monoparental ou homoafetiva, inclusive quando da ocorrência da falta de um dos genitores.”

Malgrado no notório progresso e todas as vantagens obtidas de tais técnicas emergem-se questões além do âmbito da medicina. Destarte, tal desenvolvimento encontra-se intrinsecamente interligado ao limite ético, denominado de bioética. A bioética traduz-se como equilíbrio presente nas questões que tem envolvimento com os avanços científicos e seus reflexos na vida humana, resguardando os direitos essenciais que salvaguardam a própria dignidade da pessoa humana.

É cediço que o tema é hodierno e polêmico, posto que nos leva a repensar acerca da reprodução humana, ultrapassando limites outrora inimagináveis e fazendo emergir indeterminações acerca das relações de filiação, parentesco e sucessão hereditária. O Brasil necessita com urgência de leis que regulem devidamente as relações jurídicas que abrangem a reprodução assistida, a tal tema deve ser dado o tratamento condizente a sua complexidade.

## 2.1. Evolução histórica da reprodução assistida

Desde o seu âmago, o desejo de gerar a sua prole e constituir um núcleo familiar foi um fator de suma importância à sociedade, e os anseios por gerar filhos vai além de questões meramente reprodutoras, mas perpassa também pelo o desejo de perpetuar a própria descendência familiar. Conforme os ensinamentos de Arnaldo Rizzardo, a reprodução “é a lei da preservação da vida. Todos os seres vivos se reproduzem por ação própria e só assim é que a vida se conserva sobre a face da Terra”<sup>8</sup>. É de se dizer que a reprodução é uma constante nas sociedades familiares, desde a antiguidade. Facilmente, consegue-se comprovar a relevância da Reprodução em documentos legislativos da antiguidade, ao exemplo do Código de

---

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 404.

Hamurabi, 2000 a.c, assim como em apontamentos sobre a Descendência trazidos pelo Código de Manu, 1200 a.c.<sup>9</sup>

No que concerne às famílias antigas, pode-se inferir que:

“O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural.”<sup>10</sup>

Da esterilidade não sofria tão somente as mulheres, sendo o casamento estéril por causa do homem, “(...) um irmão ou parente do marido deveria substituí-lo, e a mulher era impedida de se divorciar. A criança nascida dessa união era considerada filha do marido, e continuava seu culto”.<sup>11</sup> Esta possibilidade também pode ser extraída do Código de Manu. Tal Código previa que presente a infertilidade do cônjuge homem, ao seu irmão dar-se-ia a incumbência de inseminar a esposa, garantindo, assim, a perpetuação da prole.<sup>12</sup> No mesmo sentido, o Código de Hamurabi previa a intervenção no lar conjugal com fito de sanar os problemas advindos da infertilidade.<sup>13</sup>

Diante de tais fatos, não é demasiado salientar que a obrigação de perdurar o culto doméstico foi a fonte do Direito de Adotar na Antiguidade, posto que a religião que compele o homem ao casamento, que dava o consentimento ao divórcio quando a esterilidade batesse a porta do lar conjugal ou quando da impotência padecia o marido ou da sua morte prematura, substituía o cônjuge por um parente, também oferecia a alternativa da adoção afim de que servisse de uma alternativa para escapar do terrível destino de não conseguir procriar-se.<sup>14</sup>

É notório que, na Antiguidade, a constituição da família tem a única função de possibilitar a procriação. A esterilidade da mulher poderia até mesmo fomentar a extinção do vínculo conjugal, posto que, perante a inexistência de meios tecnológicos, não haviam meios mais adequados driblar tal os males da esterilidade. Sendo, pois, a esterilidade ou a infertilidade celeumas que afligem a humanidade desde os mais longínquos tempos, a ciência não se quedou silente, buscando meios que viabilizassem a maternidade e a paternidade tão

<sup>9</sup>MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013 p. 193.

<sup>10</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 58.

<sup>11</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961, p 74.

<sup>12</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 153.

<sup>13</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013 p. 193..

<sup>14</sup> COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961, p. 75.

almejadas. Destarte, no que concerne a evolução histórica da Reprodução Humana, tem-se a esterilidade como desfavorável ao homem, tomada, pois, como um defeito, num outro vértice, a fertilidade era vista como um fator de benção dada ao homem.

Nesse contexto, é salutar destacar os dizeres de Suzana Stoffel Martins Albano, abaixo transcritos:

“A ciência se desenvolveu e fez com que o sonho da maternidade e paternidade fosse possível para pessoas que, se vivendo em tempos mais simples, nunca teriam tido a oportunidade de ter seu próprio filho, a não ser que adotassem uma criança. O desenvolvimento de fertilização artificial e in vitro tem ajudado pessoas a terem filhos já por algumas décadas. Atualmente, uma mulher casada, por exemplo, pode dar à luz a uma criança que possui os seus genes e de seu marido. Porém, também é possível que ela dê a luz a uma criança que possua genes apenas de pessoas estranhas ao casal, ou possua genes de um estranho e de um dos cônjuges. Também é possível que uma mulher seja mãe sem nunca ter engravidado quando opta por usar uma mãe de substituição. Com esses novos métodos de procriação, o que costumava ser certo em tempos mais simples pode e é mais complexo em nossos tempos.”<sup>15</sup>

Diante de tal relevância, fazia necessário que se buscasse meios eficazes para enfrentar problemas que afetavam pessoas que não conseguia galgar êxito em se reproduzir por meios naturais. No entanto, antes de se fazer menção à historicidade brasileira das técnicas de reprodução assistida, é basilar que se faça um apanhado de fatos históricos acerca do desenvolver de tais técnicas.

A inseminação artificial fora uma das primeiras técnicas de Reprodução Humana Artificial a residir no ideário da humanidade. Conta o mito egípcio, segundo as pesquisas doutrinárias<sup>16</sup>, que Isis, buscando reconstituir Osíris, com fim de se fecundar, é um caso de inseminação artificial. Já no sec. V a.C, na Grécia, Hipócrates desenvolvera estudos acerca da embriologia, e, é também lá, que a mitologia grega traz a lenda de Perseu. Perseu teria sido “o primeiro homem nascido mediante inseminação artificial, em face da fecundação por Zeus de Dânae, filha de Aerísio”.<sup>17</sup>

Até o final do século XV, a esterilidade era o mal o qual tão somente se fazia sentir sobre as mulheres. No entanto, em meados do XVII, passou-se admitir que homem também era passível de sofrer desta enfermidade. Nos dias hodiernos, é cediço que a infertilidade e esterilidade afetam tanto mulheres quanto homens, havendo, pois, procedimentos específicos para cada caso em particular do indivíduo. No combate às

---

<sup>15</sup> ALBANO, Suzana Stoffel Martins. **Reprodução assistida: Os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram.** Em Revista Brasileira de Direito de Família, v. 7, n. 34, p. 95, fev./mar., 2006.

<sup>16</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.119.

<sup>17</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.119.

consequências advindas da esterilidade, no fim do século XIX, deram-se os primeiros passos à fertilização. No entanto, relevantes achados acerca da matéria deram-se no século XX, no qual houvesse importantes descobertas a cerca da genética e possibilitou-se a evolução das procriações em meio artificial.

Percebe-se que são muitos os avanços no âmbito da reprodução assistida dos seres humanos advindos do desenvolvimento científico hodierno da medicina e da biologia, como bem assevera Ana Alejandra Rotania:

“Intervenções e experiências com o processo de reprodução de seres vivos e da reprodução humana datam de alguns séculos. Os fatos que vêm ocorrendo no campo das ciências biológicas, médicas e afins são resultantes do desenvolvimento científico e tecnológico que sofre mudanças significativas a partir da chamada Revolução Científica do século XVII e, sobretudo, nos séculos XIX e XX. No século XIX, as ciências biológicas se constituem em ciências modernas, seguindo a orientação do paradigma da experimentação, comprovação e matematização do mundo”<sup>18</sup>

Segundo o professor Milton Nakamura, como fora explicitado na produção acadêmica de Andrea Aldrovandi e Daniele Galvão, seria este o panorama histórico do desenvolvimento da Reprodução Assistida:

“Em meados do século XVIII, Ludwig Jacobi (alemão) fez tentativas de inseminação em peixes;  
 Em 1755, Lazzaro Spallanzani (biólogo italiano) obteve resultados positivos na fecundação de mamíferos;  
 Em 1799, John Hunter (médico e biólogo inglês) obteve êxito na fecundação por Inseminação Assistida em seres humanos;  
 Em 1884, Pancoast (médico inglês) fez a primeira inseminação heteróloga;  
 Em 1910, Elie Ivanof (russo) responsável pela descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento;  
 Em 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos EUA;  
 Em 1953, os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick descobriram a estrutura em hélice de DNA, descoberta que deu origem à Genética Molecular e é considerada o marco inicial da Engenharia Genética.  
 Em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, nasceu Louise Brown, o primeiro bebê de proveta.  
 Em 1980, criado o primeiro banco de embriões de seres humanos congelados, na Austrália. - Em 7 de outubro de 1984, foi concebida Ana Paula Caldeira, primeira brasileira fruto da fertilização in vitro.”<sup>19</sup>

Desta forma, tem-se acreditado que a primeira tentativa de inseminação artificial em seres humanos fora posta em prática no ano de 1494, tendo com a paciente a Rainha D.

<sup>18</sup> ROTANIA, Ana Alejandra. **Dossiê Reprodução Humana Assistida**. 2003.p 04.

<sup>19</sup> ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em: 16 de março. 2018.

Joana de Portugal, esposa de Henrique IV, chamado de o Impotente. Nesse caso, a filha concebida pelo processo bem sucedido não fora reconhecida pelo monarca.<sup>20</sup>

Não obstante, de fato, a primeira experiência científica realizada em tal âmbito fora atribuída ao inglês Juan Hunter em 1791. Este cirurgião inglês inseminou artificialmente a esposa de um lord, obtendo êxito em tal empreitada. Posteriormente, de forma inédita, em 1884, nos EUA, William Pancoast realizou a primeira inseminação artificial heteróloga, ou seja, utilizou sêmen de um terceiro doador para a inseminação de uma mulher casada.

Com a Segunda Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América, foram criados bancos de sêmen para que se pudesse armazenar o material genético de soldados enviados a guerra, para que assim pudesse ocorrer a posterior inseminação sem suas esposas. “foram cerca de vinte mil nascimentos havidos nesta condição, sendo que o juiz Henry Greenberg do Supremo Tribunal de Nova Iorque reconheceu todos como filhos legítimos”.<sup>21</sup>

A partir do século XX, quando se passa a pesquisar e desenvolver a técnica da fecundação *in vitro*, o desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias no âmbito da reprodução assistida deram significativos passos. E em 1945, o biogeneticista Jean Ristand conseguiu conservar espermatozóides em glicerol<sup>22</sup> sem comprometer sua viabilidade.

No *Royal Oldhan and District General Hospital de Lancashire*, perto de Manchester, onde se extraiu de Lesley Brown um óvulo maduro que, estando em condições químicas e termostáticas adequadas e controladas eletronicamente, foi fecundado em tubo de ensaio com o sêmen de seu esposo, John Brown, operando-se pela primeira vez na história a fecundação humana na proveta. Leyley não podia ter filhos em decorrência de obstrução nas trompas de Falópio. Implantado seu no útero, o embrião se desenvolveu normalmente, e em 25 de julho de 1978 nasceu Louise Joy Brown, com 2,300 quilos<sup>23</sup>.

Partindo daí, muitas clínicas de reprodução assistida foram criadas no mundo inteiro, porém não detinham bons índices de sucesso na busca pela geração de vida, e, decorridos 10 anos após o nascimento da primeira bebê de proveta, o Brasil contava apenas com 6 clínicas em São Paulo.

Apenas em 1984, no Paraná, nasceu o primeiro bebê de proveta brasileiro, fruto da fertilização *in vitro* realizada pela equipe do professor Milton Nakamura. A primeira criança gerada *in vitro* foi Anna Paula Caldera, em 7 de outubro de 1984, dando o ponta pé

---

<sup>20</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 120.

<sup>21</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.122.

<sup>22</sup> Triálcool – substância orgânica incolor, líqüida e adocicada.

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 587.

inicial ao processo que hoje chega ao incontável número de “bebês de proveta” no país, o que decorre notadamente da procura das pessoas aos centros de criopreservação de material genético e reprodução assistida, malgrado o alto custo do tratamento<sup>24</sup>. Desse modo, as técnicas de reprodução assistida evoluíram com o passar dos anos, estando, cada vez mais, difundidas no Brasil.

Hodiernamente, com todos os avanços biotecnológicos neste âmbito, a técnicas de reprodução assistida vem a cada dia aproximando-se do cidadão comum. A Constituição estabelece no art. 226, §7º, acompanhado da Lei de Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/1996), normas que fomentem o acesso às técnicas de reprodução assistida, no escopo de fazer possível a todo indivíduo cidadão o acesso ao planejamento familiar. A todo cidadão assiste o direito ao Planejamento familiar, entendido como um “conjunto de regulação de fecundidade que garanta direito iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.<sup>25</sup>

Há de se pontar ainda que os métodos de reprodução assistida não estão adstritos aos casais que contraem matrimônio. Se assim fosse, seria uma patente afronta às próprias previsões constitucionais, posto que a Constituição Federal reconhece a como entidade familiar a união estável.<sup>26</sup> Por óbvia conclusão também, o direito de família salvaguarda também o direito a paternidade e a maternidade a todos indivíduos, sejam ele casados ou solteiros, e independente de sua opção sexual.

## 2.2. Principais técnicas de reprodução assistida

A medicina, através das técnicas de reprodução humana artificial, vem trazer métodos inovadores a fim de possibilitar àqueles que encontram dificuldades para a realização do tão esperado projeto parental. A incapacidade para a procriação pode derivar de diversos fatores – fisiológicos, psicológicos, médicos, biológicos – vindo essas “novas” técnicas de reprodução trazer esperança àqueles que sonham com a concretização do referido projeto parental.

Na busca por solver os problemas da esterilidade e infertilidade, além de outros escopos, fomentaram-se técnicas e métodos para que assim se pudesse alcançar a tão almejada

---

<sup>24</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 587.

<sup>25</sup> art. 2º, Lei n. 9.263/96

<sup>26</sup> NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 224.

paternidade e maternidade. Segundo Alejandra Ana Rotânia, as técnicas conceptivas abrangem dois grandes grupos: os de baixa e os de alta complexidade, além do congelamento de gametas<sup>27</sup>.

Na inseminação artificial, não se faz necessário a retirada do óvulo da mulher, posto que a fecundação ocorrerá no organismo da paciente de maneira intracorpórea. A inseminação artificial implica na substituição da relação sexual, fomentando a fecundação pela união do sêmen ao óvulo, o processo reprodutivo é auxiliado nas etapas as quais há alguma espécie de deficiência.

São três as modalidades da inseminação artificial: inseminação clássica, técnica a qual o sêmen é injetado na vagina ou na cavidade uterina; inseminação intraperitoneal direta, no qual o sêmen é inserido na cavidade abdominal, próximo aos ovários, para que as próprias tubas uterinas capturem os espermatozoides, do mesmo jeito que capturam os óvulos; e inseminação intrafolicular direta, que é a modalidade na qual o sêmen é injetado no folículo ovariano pouco antes de ocorrer a ovulação.

A inseminação artificial pode ocorrer de duas formas: a reprodução medicamente assistida humana homóloga e heteróloga. A reprodução humana homóloga acontece nos casos os quais é recolhido o material genético do casal, e os espermatozoides são introduzidos na esposa ou companheira.

No que concerne a inseminação artificial heteróloga, o espermatozoides doados são de uma terceira pessoa estranha ao casal. Aplica-se, mormente, tal técnica nos casos de esterilidade do marido ou companheiro ou quando da incompatibilidade RH, evitando a transmissão de doenças hereditárias graves. Para o uso desta técnica, o estabelecimento médico tem que garantir a saúde da futura mãe e da criança a ser gerada. Desta feita, antes de congelado e armazenado, o material doado passa por uma bateria de exames para certifica-se que o sêmen será livre de infecções e outras doenças.

Neste contexto é salutar trazer à baila os ensinamentos de Maria Berenice Dias:

“na inseminação homóloga, o material genético pertence ao par. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz de provocar a fecundação por meio de ato sexual [...] na fecundação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido.”<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup>ROTÂNIA, Alejandra Ana. **Dossiê reprodução humana assistida**. 2003. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>. Acesso em 16 mar. 2018.

<sup>28</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.215.

Porém, no que diz respeito a fecundação in vitro, há necessidade de retirada do óvulo para que se faça a união com o espermatozoide em laboratório, sendo, pois, uma técnica extracorpórea. Nessa técnica, após um determinado tempo, o embrião é transferido para útero. Mas precisamente tal método consiste fazer com que o encontro entre o óvulo e espermatozoide aconteça fora do organismo feminino, numa placa de cultura ou tubo de ensaio, em ambos os casos é reproduzido o ambiente das tubas uterinas. Posteriormente, os embriões obtidos são transferidos ao útero da futura mãe.

A fertilização extracorpórea tem por escopo mitigar os efeitos da infertilidade feminina. “São quatro as hipóteses para a utilização da fertilização in vitro: (a) a doação de óvulo; (b) a doação de espermatozoide; (c) a doação de embrião; e (d) o empréstimo de útero”<sup>29</sup>. A doação de espermatozoide é uma técnica mais utilizada. Já a doação de óvulos seria semelhante à de espermatozoide, não obstante, ainda não há avanço tecnológico suficiente para garantir a integridade dos óvulos nesse processo. A doação de embriões se dá da mesma forma de primeiras duas hipóteses. O empréstimo de útero importa na necessidade de uma terceira pessoa emprestar o útero para gerar o filho de uma futura mãe impossibilitada de gerar um bebê.

Cumpra-se destacar ambas as técnicas supramencionadas guardam a semelhança no fato de não ser exigido o contato sexual. Eis os ensinamentos Marilena Corrêa e Maria Andréa Loyola acerca da temática:

“É importante diferenciar as técnicas que compõem o conjunto da RA, em função do fato de a fecundação ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher. No primeiro caso, temos a inseminação artificial (IA), uma técnica muito mais antiga que veio a ser inserida no conjunto da reprodução assistida, e que consiste na introdução do sêmen no aparelho reprodutivo feminino. No segundo caso, temos as técnicas que têm por base o procedimento de fertilização in vitro (FIV) propriamente dito, nos quais a fertilização do embrião ocorre fora do corpo da mulher.”<sup>30</sup>

Recomenda o Conselho Federal de Medicina que não é possível utilização dessas técnicas para a escolha de características da criança, assim como é essencial o consentimento informado. O consentimento informado consiste em que as pessoas que se submetem à reprodução assistida devem ser informadas sobre os riscos e consequências decorrentes destas técnicas. Há de se ressaltar também que escolha do sexo da criança só é permitida visando evitar doenças ligadas ao sexo, como a hemofilia.

---

<sup>29</sup> VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. P.103.

<sup>30</sup> CORRÊA, Marilena C. D. V. e LOYOLA, Maria Andréa. **Dossiê: Novas perspectivas sociodemográficas. Reprodução e Bioética: a regulação da reprodução assistida no Brasil**. Caderno CRH, v.18, n. 43.

Nesse diapasão, é salutar ressaltar que segundo Maria Helena Diniz<sup>31</sup> dentre os problemas bioéticos que podem ser fomentados da utilização por mulheres de técnicas de RHA, principalmente da fertilização *in vitro*, é o risco a saúde da doadora do óvulo, “[...] por submeter-se a desgastantes técnicas para obtenção do gameta feminino ou a um forte tratamento hormonal para provocar superovulação [...]”. O desgaste psicológico, o físico, e até constrangimentos podem ser consequências da submissão ao processo, além ser um tratamento doloroso, é longo e demasiadamente caro.

---

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570

### 3. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST-MORTEM

No que concerne à temática da reprodução assistida, sem sombra de dúvida a inseminação artificial post mortem gera significativas discussões. Malgrado tal técnica não ser proibida, o momento o qual se dará a sua realização faz emergir discussões, nas quais recaem incertezas, posto que acerca da temática não resta entendimento positivado, sobretudo no que toca os direitos sucessórios da criança advinda pelo método.

Tal circunstância, outrora inimaginável, tornou-se plausível graças aos avanços tecnológicos vivenciados pela medicina, mas especificamente pela engenharia genética.<sup>32</sup> Mesmo após o falecimento do marido ou do companheiro, resta possível que sua esposa ou companheira seja inseminada com o seu sêmen, vindo a gerar um filho de pai já falecido.

Mais precisamente poder-se-á conceituar o procedimento como a possibilidade de uma vida ser gerada a partir da fecundação de gametas como material genético de pessoa já morta que o tenha o deixado em vida criopreservado com espoco de conceber filhos. Relevante se faz ressaltar que o procedimento de reprodução assistida post mortem tem viabilidade, tendo em vista a possibilidade da criopreservação do sêmen do falecido marido ou companheiro.

A técnica de criopreservação de gametas ou embriões é permitida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina, desde que haja constatada a expressa manifestação escrita da vontade ao tempo do procedimento. No que concerne à reprodução assistida *post mortem*, resta permitida, desde que existente a autorização prévia e específica deixada pelo falecido de que o seu material genético criopreservado possa ser utilizado em consonância com a legislação em vigência.

Diante de notória relevância jurídica de tal temática, este capítulo ater-se-á aos aspectos de destaque acerca da reprodução *post mortem*, trazendo um panorama do assunto dentro direito comparado, além de tecer comentários acerca do posicionamento do ordenamento jurídico pátrio diante da problemática, perpassando pelos princípios constitucionais que balizam a discussão, além de buscar fundamentos legais constitucionais e infraconstitucionais que dão substrato e legitimam o status de sujeito de direito do filho concebido mediante a técnica supramencionada.

---

<sup>32</sup> REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem – Aspectos Éticos e Legais**. Disponível: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao\\_assistida\\_homologa\\_post\\_mortem\\_aspectos\\_eticos\\_e\\_legais.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_mortem_aspectos_eticos_e_legais.pdf). Acesso em: 22 mar. 18

### 3.1. Reprodução assistida post mortem e o direito comparado

Nesse diapasão, cumpre destacar um dos casos que ficara mundialmente conhecido, e que se tornou um marco inicial acerca das discussões sobre a reprodução humana. Ocorrido na França, em 1984, fora denominado de “*Caso Parpalaix*”. Após algumas semanas de namoro, Corine Richard e Alain Parpalaix descobriram que Alain encontrava-se com câncer nos testículos, e antes de se submeter-se às sessões de quimioterapia decidira pôr seu material genético para que pudesse vir utilizá-lo no futuro.

Logo depois do casamento entre os jovens, Alan Parpalaix veio falecer. Com sua morte, Corine buscou a clínica médica no escopo de ser inseminada com sêmen do seu marido. Tal inseminação fora prontamente negada pela clínica, tendo em vista a inexistência da autorização de Alan e ausência de previsão legal para tal prática.<sup>33</sup> Diante de tal negativa, Corine foi em busca de meios judiciais de solver tal celeuma e ter o ser desejo realizado. O Tribunal Francês entendeu que todo conteúdo probatório convergia à conclusão de que Alain, ainda vivo, externou o desejo que sua esposa concebesse um filho seu. E malgrado até então, a França não possuía legislação que regulamentasse matérias dessa natureza, porém o Tribunal Francês deliberou que a clínica entregasse o material genético a viúva. Não obstante, mesmo após tal luta judicial, Corine não pode ver o seu sonho torna-se realidade, posto que o passar do tempo tornou os espermatozoides inutilizáveis.<sup>34</sup>

Diante desse primeiro caso, em diversos países iniciaram-se debates acerca dessa temática. Nesse contexto, é salutar analisar os destaques acerca desta matéria em alguns Países. Ordenamento jurídico francês também não permite a inseminação artificial post mortem, segundo a previsão da Lei nº 94-654 de 1994. Os interessados na reprodução assistida devem ser cônjuges ou companheiros, e tão somente poderão fazer uso das técnicas de reprodução assistida se diagnosticado a infertilidade ou alguma doença hereditária grave. No que concerne a supramencionada legislação Guilherme Calmon Gama elucida que:

“[...] a lei exclui a possibilidade de qualquer pessoa – independentemente do estado civil de solteiro, casado, divorciado ou viúvo – ter acesso a qualquer das técnicas de

---

<sup>33</sup> GOZZO, Débora. Direito fundamental de herança e inseminação post mortem. In: GOZZO, Débora, FERRAZ, Anna Candida da Cunha, LEISTER, Margareth - coords. **Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 267

reprodução assistida, de maneira absoluta, por considerar a necessidade da existência de um projeto parental do casal”.<sup>35</sup>

Na Alemanha, não há permissivo acerca da inseminação artificial post mortem, unicamente é possível a modalidade de reprodução assistida homóloga, na qual material genético utilizado é do próprio casal interessado, vedando-se, desta forma, a utilização de material de doador falecido. O Relatório Benda, de 1985, e a Lei n. 745/1990, também chamada de Lei de Proteção ao Embrião, afastam a possibilidade da ocorrência da reprodução “post mortem”, sujeitando até mesmo a mulher a pena caso venha submeter-se ao procedimento, tal punição varia da privação de liberdade em até três anos ou multa<sup>36</sup>.

Para o ordenamento jurídico Português, a princípio, veda-se a utilização da técnica de reprodução assistida. No bojo da Lei n. 32/2006, em seus artigos 22 e 23, há a disposição acerca da ilicitude da supramencionada prática, ainda que reste comprovado o consentimento do falecido. No entanto, tal determinação não é absoluta uma vez que há possibilidade de que a reprodução assistida post mortem venha a acontecer, quando esteja ligada ao fomento do projeto parental idealizado pelo casal, porém faz-se necessária autorização expressa e escrita do pai antes de sua morte. Cumpre ressaltar também que a lei, malgrado a expressa proibição, traz a menção de que mesmo não observados os preceito legais, a criança havida por tal técnica será tida com filha<sup>37</sup>, garantindo-se, pois, o respeito à filiação.

Na Suíça e na Dinamarca, também há a reprodução humana assistida post mortem.<sup>38</sup> Na Inglaterra, Legislação Inglesa “*Family Law Reform Act*” de 1987 salvaguarda a possibilidade da reprodução assistida post mortem. No entanto, caso o falecido tenha interesse em reconhecer os direitos de vindouro filho, deverá manifestar-se expressamente a sua vontade. A paternidade não é, pois, presumida. Não havendo a expressão da vontade do pai, a criança provida da reprodução assistida post mortem não terão seus direitos sucessórios devidamente reconhecidos.<sup>39</sup>

A inseminação artificial post mortem resta admitida na Espanha, posto que a Constituição Espanhola dispõe acerca do “livre desenvolvimento da personalidade da pessoa”. A lei também reconhece tal possibilidade em favor da companheira. (GAMA, 2003, p. 271).

---

<sup>35</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.248-249

<sup>36</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p.189.

<sup>37</sup> SCALQUETE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250.

<sup>38</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: 2012, p. 89.

<sup>39</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

Em 2006, fora aprovada a Lei n. 14/2006 que regulamentou a questão, além de revogar a lei n. 35/88 que normatizava as técnicas de reprodução assistida no país.<sup>40</sup> Não obstante, faz-se necessário a observância de certo requisitos para que se possa fazer uso da técnica, a saber, o consentimento do marido deverá constar de escritura pública ou de testamento, e a disposição de que o material por ele deixado pode ser usado para depois de sua morte, com fito de inseminar sua esposa ou companheira. Destarte, observados os requisitos legais, a reprodução advinda da inseminação post mortem produz todos os efeitos legais da filiação matrimonial.<sup>41</sup>

Já na Itália, a Lei n. 40/2004 que traz a disciplina normativa acerca reprodução assistida nada menciona sobre a reprodução assistida post mortem.<sup>42</sup> Nesse contexto, faz-se salutar ressaltar os ensinamentos de Ana Cláudia S. Scalquette acerca da omissa legislação italiana:

“É bem verdade que acabou por coibir várias possibilidades que são sabidamente geradores de conflitos, como é o caso da espécie heteróloga, mas ao permitir a criopreservação de gametas abre margem para a discussão quanto ao seu uso após a morte de um dos possíveis genitores ou de eventual separação, do prazo para a sua utilização e, até mesmo, de um possível direito à herança do ser concebido após a morte de um dos que congelaram seu material genético.”<sup>43</sup>

Em terras Argentinas, há divergência na doutrina. Tal divergência cinge-se na permissividade ou não de tal prática, ora aceita e ora afasta. Quando aceita, tem-se como fundamento principal o fato de inexistir qualquer disposição legal que afaste a possibilidade da técnica, porém à criança não é dado qualquer direito sucessório. Quando rejeita, balizam-se pelo argumento de que se maculariam os direito fundamentais, principalmente o melhor interesse do menor.

Já nos Estados Unidos da América, em razão do Sistema Common Law e autonomia legislativa de cada de Estado, pode-se concluir que cada ente federado poderia trazer previsões próprias acerca da temática. No entanto, encontra-se disposições uniformizadas acerca da matéria, tais como: *Uniform Parantage Act* (1973) e *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 71.

<sup>41</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.271.

<sup>42</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 267.

<sup>43</sup> SCLAQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268.

<sup>44</sup> SCALQUETTE, ANA CLÁUDIA S. **Estatuto da reprodução assistida**. SÃO PAULO: SARAIVA, 2010, P. 282.

Destarte, é de salutar relevância ressaltar os ensinamentos de Ana Cláudia S. Scalquette:

“Como podemos perceber, a disciplina legal americana em termos de filiação decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida preocupa-se sobremaneira em organizar as regras relativas à imputação da paternidade/maternidade. O consentimento acaba sendo a peça-chave de toda a relação, pois, para reafirmar, sua falta confere ao marido a possibilidade de negar a sua paternidade, e sua existência pode determinar a paternidade mesmo após o falecimento do genitor.”<sup>45</sup>

A reprodução assistida traz à luz muitas discussões que perpassam não só a autonomia privada e o livre planejamento familiar, como também se faz sentir na necessidade de observar os direitos da criança a ser gerada, que necessita não de amparo material, como também psíquico, emocional e afetivo. Esse é o pensamento de Olga Jubert Gouveia Krell no qual concerne a questão:

“A tendência da legislação estrangeira é afastar a utilização da referida técnica, sob o argumento de que cabe aos pais, e não apenas a um único membro do casal, o dever de assistência, não apenas econômica, mas, sobretudo, emocional, afetiva e psíquica, aos filhos. A princípio, toda criança tem o direito de se beneficiar de uma estrutura biparental de filiação e conviver com seus genitores, espelho e fonte de referência de suas condutas. Isto não quer dizer que as famílias monoparentais não possam também exercer esta função com a mesma efetividade.”<sup>46</sup>

### 3.2. Princípios constitucionais aplicáveis a reprodução assistida post mortem

O Direito as vezes é lento ao detectar mudanças sociais, e a sociedade, certamente, caminha mais rápido que o legislador. Portanto, diante das lacunas que o ordenamento jurídico apresenta, os princípios são ferramentas fundamentais que ponderam critérios na resolução de conflitos no direito.

#### 3.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Destaca-se o Princípio da **Dignidade da Pessoa Humana**, um dos elementos fundantes da ordem jurídica da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o inciso III do art. 1º da Carta Magna.<sup>47</sup>, no qual é assegurado ao indivíduo o direito a qualidade mínima

<sup>45</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.284.

<sup>46</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 191.

<sup>47</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a

de vida e gozo de proteção estatal.

Ingo Wolfgang Sarlet nos traz o seguinte ensinamento acerca do princípio da dignidade:

“Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais, o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna (art.170, caput), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, caput). Assim, ao menos neste final de século, o princípio da dignidade da pessoa humana mereceu devida atenção na esfera do nosso direito constitucional.”<sup>48</sup>

Revela-se este tão valioso princípio, assim assinalou Maria Berenice Dias<sup>49</sup>, o mais soberano, e dele emergem demais princípios do ordenamento, tais como: a liberdade, a autonomia privada, a solidariedade, a iguadade e a cidadania. Representa, pois, o epicentro axiológico da ordem constitucional. Como Leciona Silvio de Salvo Venosa, a dignidade da pessoa humana inserida na Constituição como fundamento da República, “configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.”<sup>50</sup>

Como assevera a autora Maria Helena Diniz: “Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se a preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e plena realização de sua personalidade.”<sup>51</sup> Por isso, qualquer diminuição de direitos, que ao longo de anos foram conquistados, configura ataque frontal a Constituição Federal.

Não há como se falar em condição humana dissociada da dignidade como menciona José Francisco Cunha Ferraz Filho:

---

dignidade da pessoa humana; BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: Acesso em: 02 mar. 2018.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 96.

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013. p. 6.

<sup>50</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8. Ed. – 2. Reimpre. – São Paulo: Atlas, 2013. Coleção Direito Civil; Vol. 6. p.26.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 17.

“A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que se apresenta como fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos diante dessa ordem, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na polis – comunidade política. Conforme o magistério de Julien Freund, a pessoa humana possui seis dimensões: a ética, a política, a religiosa, a científica, a econômica e a artística. Ao mesmo tempo em que são autônomas, as dimensões são interpretáveis, que significa dizer que o homem ético não vive sem o homem político, o homem científico não vive sem o homem religioso, o econômico não vive sem o artístico. Sucede que o ser humano se completa e se plenifica com a presença de todas as dimensões em um contexto harmônico, interdisciplinar e interativo. Isso é que vai, em última análise, permitir a democracia e a atualidade dos direitos fundamentais. A dignidade humana constitui, por assim dizer, um valor único e individual, que não pode, seja qual for o pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos.”<sup>52</sup>

Desta feita, é indigno devotar tratamento diferenciado aos variados modelos de filiação, assim como às diversas constituições de família. Nesta senda, é salutar destacar a lição de Carlos Roberto Gonçalves: “A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.”<sup>53</sup>

Malgrado todo desenvolvimento tecnológico e científico galgados hodiernamente, tal princípio não pode ser preterido, haja vista ser este a bússula norteadora do próprio Estado Democrático de Direito, devendo a pessoa humana e sua dignidade prevalecer perante todo o avanço que possa ser conquistado pela tecnologia, por tal razão, qualquer comportamento danoso que tenha o condão de objetificar o homem deve ser inadmitido pela ordem jurídica. Nem mesmo a bioética e o biodireito “poderão admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna”<sup>54</sup>. Os dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes são relevantes acerca deste ponto:

“Atualmente, as maiores perplexidades em torno do tema dizem respeito ao extraordinário desenvolvimento da biotecnologia e suas consequências sobre a esfera psicofísica do ser humano. Assim, por exemplo, no âmbito de que se começa a se configurar como um novo ramo, o “biodireito”, ainda sem regulamentação jurídica adequada, estão os problemas decorrentes da reprodução assistida- como a procriação post-mortem e congelamento de embriões-, da privacidade de dados genéticos, e dos atos de disposição do próprio corpo, da mudança de sexo,

<sup>52</sup> FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. (Org) FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Coordenadora. Manole: Barueri, 2010, p. 6.

<sup>53</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

<sup>54</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

acontecimentos plenamente factíveis desde a aquisição, cada vez mais veloz, das tecnologias necessárias.<sup>55</sup>

Para Maria Helena Diniz:

“Os bioeticistas devem ter como paradigma o respeito à dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) e o cerne de todo ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico. Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna.”

Neste cenário de desenvolvimento tecnológico, encontra-se o legislador, despreparado a oferecer soluções efetivas as celeumas fomentadas por estes avanços. Destarte, a dignidade humana não deve ser observada apenas para aqueles que querem gerar uma vida. O próprio embrião está sob sua égide de proteção. Tendo em vista que os embriões compõem, sem distinções, à mesma natureza da pessoa humana, não há que se falar em não aplicabilidade deste princípio sobre estes, sobre a justificativa da forma como foram concebidos. Logo, qualquer atitude negativa ao ser humano não nascido está atingindo diretamente a Constituição Federal.

### 3.2.2. Princípio da igualdade

A Dignidade Humana da pessoa humana faz-se sentir no **Princípio da Igualdade** e seu fundamental direito ao não tratamento discriminatório. A Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 1º<sup>56</sup>, assegurou a igualdade em direito a todos os homens, desde o seu nascimento. Fomentou-se uma igualdade formal de caráter negativo que expurgava qualquer tratamento privilegiado, isenções pessoais e imunidades de classe. Não obstante, tal gênero de igualdade traz em seu bojo desigualdade econômicas, uma vez que não há como se conceber que há uma sociedade homogênea.<sup>57</sup>

Diante de tal situação, cabe ao legislador o dever de mitigar tal desigualdade, elaborando normas que disponham sobre uma igualdade material que toma por baliza que o tratamento dado aos indivíduos deve observar precipuamente que igual devem ser tratado de

---

<sup>55</sup> MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**, 2003. p. 82-128.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 211.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 214.

maneira igual, e aos desiguais deve ser dispndido um tratamento desigual. Destarte, a igualdade trazida pela Constituição não é a que considera todos abstratamente iguais, porém é uma igualdade que leva em consideração os aspectos que torna cada integrante da sociedade um indivíduo singular, e tal singularidade deve ser observada em todas as esferas do poder estatal.

A igualdade está inserida entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de forma implícita, no art. 3º, inciso IV da Constituição Federal:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A doutrina ainda não é uníssona no que concerne a extensão do princípio da igualdade. No entanto, para muitos autores, o princípio da igualdade deve ser estendido a todos os seres humanos, nascidos ou tão somente concebidos, como instrui Jussara Maria Leal de Meirelles em um dos capítulos da obra *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*:

“[...] o valor da pessoa humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. **A maior ou menor viabilidade em se caracterizarem uns e outros como sujeitos de direito não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhe é essencial. Reconhecer esse dado significa respeitar o ser humano em si mesmo, durante todo o seu desenvolvimento, e para além dele próprio, nos seus semelhantes.**”<sup>58</sup> (negritou-se)

Embora, tomando por uma interpretação literal, a Declaração dos Direitos Humanos pode trazer dúvida acerca do reconhecimento do direito a igualdade aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos, a leitura de forma holística da Declaração, sana esta incerteza. Destarte, admitindo-se que o termo inicial da vida se dá na concepção, os embriões têm igual valor ao de uma pessoa já nascida.

“O embrião é, pois – em virtude do princípio da igualdade, fundado no respeito à vida e à sua dignidade -, pessoa humana e, como tal, merece proteção de forma absoluta e irrestrita contra qualquer desrespeito à sua identidade e integridade, incidindo sobre ele e oponível *erga omnes* o mandamento constitucional da igualdade.”<sup>59</sup>

<sup>58</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Estatuto Jurídico do Embrião**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pg. 177.

<sup>59</sup> VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006. Pg. 116.

Portanto, considerando o direito fundamental à herança, previsto no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, bem como o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, do diploma constitucional, nascendo o filho póstumo, terá o filho concebido pos mortem os seus direitos hereditários garantidos, podendo esta garantia se dar através da sucessão testamentária, bem como da legítima.

Nesse mesmo sentido, o Princípio da Igualdade entre os Filhos (que deriva do Princípio da Igualdade), consagrado no Art. 226, §7º da Lei Maior, propõe a proibição de qualquer distinção entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, não importando se este for adotivo. Hoje se adota apenas a denominação filhos não existindo mais a distinção filhos legítimos e ilegítimos nem mesmo em relação a direitos, deveres e qualificação.

Ao analisar o art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal, Heloísa Helena Barboza nos leva a concluir que a previsão constitucional ultrapassa os limites do significado de igualdade.

“Na verdade, o dispositivo em análise alcança significado além da igualdade, se feito o confronto com o sistema até então vigente: os filhos nada mais têm a ver com a situação jurídica dos pais. O estado de filho independe do estado civil dos pais, já que decorre diretamente do fato da procriação: é um estado de direito que decorre de um estado de fato. Não importa se os pais são casados, não casados, companheiros, conviventes, ou mesmo se são parentes em grau que impede o casamento. O filho, como tal biologicamente considerado, tem direito ao reconhecimento do correspondente estado jurídico de filho”.<sup>60</sup>

De igual modo, os embriões fecundados por inseminação post mortem, por interpretação analógica, receberiam o mesmo status constitucional adquirido pelos demais, o que os tornam detentores de igual modo em direitos e deveres.

Gabriella Bresciani Rigo apregoa a aplicação desse 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>61</sup>

---

<sup>60</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. **Novas relações de filiação e paternidade**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2009, p.138-139.

<sup>61</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: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849). Acesso 03 de março de 2018.

Para Berenice Dias ao comentar acerca da igualdade no âmbito das relações paterno-filiais, asseverou que o vocábulo ‘filho’ não mais comporta qualquer adjetivação. Portanto, não mais se pode falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é ‘filho.’<sup>62</sup>

O especialista Márcio Rodrigo Delfim faz um destaque de que:

“[...] o filho resultante da inseminação artificial homóloga *post mortem* deve ter exatamente os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão biológico concebido ou nascido antes da morte do pai (interpretação consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar etc).”<sup>63</sup>

Assim, da mesma maneira que se proíbe a diferenciação entre filhos conjugais e extraconjugais, bem como entre os naturais e os adotados, também não há de haver discriminação entre os filhos concebidos antes e após a morte de seu genitor.

### 3.2.3. Princípio do melhor interesse da criança

Primeiramente, cumpre destacar que, malgrado não haver expressa previsão do Princípio do Melhor Interesse da Criança, este fora incorporado ao direito brasileiro e tornou-se mais conhecido a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, se adequando a um âmbito de maior amplitude de complexidade, chamado de doutrina da proteção integral, disposto no art. 1º do ECA<sup>64</sup>.

Tal disposição originou-se da Convenção Internacional dos Direitos da Criança que fomentara mudanças substanciais no tocante às legislações que tinham como sujeito a ser protegido a população infanto-juvenil, uma vez que o ordenamento sujeitava-se ao princípio do “menor em situação irregular”, o que restringia o espectro de atuação legislativa, tomando os menores como meros objetos sem vontade que dependiam do arbítrio do magistrado. Como bem sustenta Tânia da Silva Pereira que:

“(.) sobrepondo os superiores interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, o espaço de ação judicial e estatal era absoluto, ficando o destino e a vida da criança e do jovem à mercê da vontade do Juiz. A

---

<sup>62</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.50

<sup>63</sup> DELFIM, Márcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem**. Em: Revista de Direito Privado, v. 9, n. 34, 2008. Pág. 213/214

<sup>64</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente - LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.

figura do “bom pai” não tinha necessidade de justificar ou fundamentar suas decisões.”<sup>65</sup>

Destarte, diante da necessidade de garantir ao menor, de forma prioritária e independentemente de sua situação, passou a adotar a proteção integral como principal baliza para efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos menores. Com a explícita previsão, no Estatuto da Criança e do Adolescente, da doutrina da proteção integral, tomou-se o menor sob o prisma da necessidade de proteção sem discriminação, impondo, pois, uma tutela ativa necessária ao fomento de um atuar que tenha como principal escopo a garantia da eficácia ampla do direito dos infantes e adolescentes. Fez-se necessário um desenvolvimento de uma hermenêutica protetiva da criança e adolescente, que visasse ampliar o espectro de proteção, assegurando o cumprimento dos seus direitos.

Nesse diapasão, cumpre destacar que o princípio do melhor criança teve sua origem no direito inglês e cisão da proteção dos direitos dos menores e das pessoas incapazes, como bem asseverou Camila Colucci:

“A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.”<sup>66</sup>

O *best interest* fora adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. E, por tal razão, no Brasil também fora adotado, no 5º do Código de Menores, ainda que limitado pela doutrina da situação irregular.

O princípio do melhor interesse é uma regra de interpretação ou direito fundamental. Não há como se negar que se trata de conceito um vago e impreciso, uma vez que a legislação pertinente não tem como prevê todos os fatos concretos os quais far-se-iam sentir a incidência do princípio. Tal conclusão é lógica do próprio sistema de criação legislativa, posto que não estaria ao alcance do Legislador trazer todas as previsões atinentes aos casos concretos que envolvessem o princípio trazido à baila. Acerca da indefinição do mesmo também manifestou autora Camila Colucci:

“Por um lado, essa definição é vantajosa, já que seria impossível haver previsão de todas as situações em que o melhor interesse poderia vir a ser aplicado, por envolver variada gama de relações familiares, que não são objetivas. Com isso, embora a pesquisa estivesse buscando determinar critérios puramente objetivos para a

<sup>65</sup> PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar** In.: PEREIRA, Tania da Silva. **O “melhor interesse da criança”**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000, p. 13.

<sup>66</sup> COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. USP, São Paulo: 2014, p. 9.

aplicação do melhor interesse, ficou claro que tal intento não é possível. Todos os fatores envolvidos em cada caso concreto devem ser criteriosamente analisados, de preferência com o auxílio de equipe multidisciplinar, para que se determine, naquela situação específica, qual é o melhor interesse para aquela determinada criança ou adolescente.”<sup>67</sup>

Como bússola norteadora que se baliza a relevância de se dá prioridade as necessidade dos menores, o princípio do melhor interesse oferece aos legisladores e ao intérprete da lei bases fundamentais. Como bem destacou Andréa Amin:

“Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para a elaboração de futuras regras.”<sup>68</sup>

Nesse sentido, tão somente estará observado o respeito ao mencionado princípio, quando tanto a elaboração legislativa quanto as decisões judiciais primarem pelo amplo resguardo dos direito fundamentais dos menores. No que concerne às decisões judiciais estas não podem servir ao arbítrio do magistrado e às suas interpretações subjetivas, mas assegurar o espectro mais amplo possível da salvaguarda dos direitos dos menores.

“(...) Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito à liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível.”<sup>69</sup>

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, sobre o supramencionado princípio, apregoa 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 de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade

---

<sup>67</sup> COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. USP, São Paulo: 2014, p. 9.

<sup>68</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

<sup>69</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

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>70</sup>

Diante da consagração de tal princípio pela Carta Constitucional de 1988, o menor de idade tornou-se sujeito de direito, sendo, pois, devido as suas particularidades, suas prerrogativas tuteladas com absoluta prioridade. Munir Cury assevera que “deve-se entender a proteção integral como conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos. (...) Por força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles”<sup>71</sup>

É trazido pelo caput do artigo 227 da Constituição Federal <sup>72</sup> que cabe ao Estado, a família e a sociedade a salvaguarda de tratamento prioritário, com o espoco balizar de resguardar os direitos, fazendo efetiva, pois, a tutela de um tratamento digno, tão necessário as crianças e aos adolescentes.

No concerne o tratamento prioritário, apregoa Maria Berenice Dias:

“A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227).”<sup>73</sup>

Observa-se, pois, em choque dois direitos fundamentais, no entanto, o melhor interesse da criança não deve ser preterido em tais situações, uma vez que se sobrepõem a qualquer projeto parental, até mesmo ao direito fundamental a procriação. A criança é ser em desenvolvimento, e como tal, merece que seus direitos sejam observados, o que, por desdobramento lógico, faz emergir a necessidade que aquele que se responsabiliza por esta pautar sua conduta na ética.

---

<sup>70</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80.

<sup>71</sup> CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

<sup>72</sup> Constituição Federal de 1988. “Art. 227, caput: 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. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 maio 2018.

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.50.

A proteção dirigida ao menor dada pela Constituição faz-se sentir também nas crianças que ainda estão por vir, fruto da liberdade sexual e reprodutiva de seus pais, não se restringindo, pois, tão somente às crianças já nascidas.<sup>74</sup>, e nos conflitos de mesma grandeza as crianças gozarão de primazia. Para Olga Jubert Gouveia Krel, “(...) o princípio do melhor interesse da criança constitui importante limite ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo ao direito de reprodução assistida no Brasil.”<sup>75</sup>

### 3.2.4. Princípio do livre planejamento familiar e da paternidade responsável

Diretamente ligado a carga principiológica do direito de família, o Planejamento Familiar não se resume somente à decisão, sem a intervenção de terceiros nestas escolhas, de quantos filhos irão ser concebidos, a forma de organizar a família, o modo de vida que irão adotar, o método de educação que utilizarão com seus filhos.

Dispõe o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal que o planejamento familiar é uma decisão sobre a qual prevalece a autonomia do casal, tendo, principalmente, como base a dignidade da pessoa humana e paternidade responsável:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”<sup>76</sup>

Na mesma toada, diz o artigo 9º e o parágrafo único da Lei 9.263/96:

“Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.  
Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.”<sup>77</sup>

Paulo Machado, Maria Perrotti e Marcos Perrotti, ao debruçar-se sobre o art. 2, *caput* da Lei 9263/96<sup>78</sup>, concluíram que o planejamento familiar pode ser conceituado como

<sup>74</sup> NUNES, João Batista Amorin de Vilhena (coord.). **Família e Sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>75</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Curitiba: Juruá, 2011, p.139.

<sup>76</sup> Constituição Federal de 1988.

<sup>77</sup> Artigo 9º e o parágrafo único da Lei 9.263/96

<sup>78</sup> Lei 9.263/96. “Art. 2, *caput*: Para os fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade, que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

“[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole”.<sup>79</sup> Destarte o supramencionado princípio tem basilar relevância diante dos casos de reprodução humana assistida, posto que os procedimentos médicos que os vindouros pais têm de se submeter visam fomentar o planejamento familiar que tanto almejam.

Nesse contexto, é salutar trazer a luz os ensinamentos Maria Berenice Dias, no que concerne ao livre planejamento familiar:

“Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF 226, §7º), 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 a realização de projeto de parentalidade.”<sup>80</sup>

Já princípio o paternidade da responsável vem garantido também no bojo do já citado art. 226, § 7º da Constituição Federal e no art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>81</sup>, sendo inserido no direito a filiação, uma vez ser dever da família, da sociedade e do Estado salvaguardar ao menor o seu direito à convivência familiar, vedando também discriminações, de qualquer natureza, relativas ao status de filho. Cumpre ressaltar que este princípio traz um foco a entidade familiar e seus reflexos no processo de formação dos filhos, sendo, pois, os pais responsáveis por esta formação, desde a sua concepção, até que tal apoio torne-se necessário ou injustificável seja tal acompanhamento.<sup>82</sup>

Não é repetitivo dizer que este princípio simplesmente contempla que “o status de paternidade” traz consigo os deveres e direito inerentes a este, não sendo excluídos nem mesmo com o fim da relação conjugal, estando ligado ao próprio planejamento familiar, uma vez que estes deveres e direitos já são existentes desde a concepção<sup>83</sup>. Portanto, não há como se falar em paternidade responsável sem que haja um adequado planejamento familiar.

<sup>79</sup> PERROTI, Marcos Antônio; PERROTI, Maria Regina Machado; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito do planejamento familiar**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 749, 1987 - março de 1988, p. 49.

<sup>80</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Famílias**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.392.

<sup>81</sup> Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. BRASIL. Congresso Nacional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>82</sup> PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável**. 2002. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=10171](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10171). Acesso em: 30 mai. 2018.

<sup>83</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 37.

Nessa toada, Anna Beraldo apregoa que andando ao lado do direito à liberdade sexual, não se tem como se conceber a inexistência da responsabilidade ao se tornar pai e mãe<sup>84</sup>. Nesta conjuntura, Guilherme Calmon dispõe que:

“[...] há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor.”<sup>85</sup>

No contexto da liberdade e o planejamento familiar, insta colacionar o entendimento de Arnaldo Rizzardo:

“Desde que não afetados os princípios de direito ou o ordenamento jurídico legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros.”<sup>86</sup>

O STF, no bojo da ADI 3510, no que concerne os embriões excedentários, ou seja, aqueles que sobraram, assentou o entendimento de que os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e paternidade responsável devem guiar as situações conflituosas que versem sobre tal material com fito de permitir o livre planejamento familiar.

“A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal",

---

<sup>84</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e sua Aplicação Post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 47.

<sup>85</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.968/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 78.

<sup>86</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 15, 16

é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226).<sup>87</sup>

Destarte, como bem pontua Paulo Lobo<sup>88</sup>, a liberdade para se escolher traz consigo a concretização da dignidade da pessoa humano, uma vez que cada indivíduo tem em suas mãos o direito de escolher a constituição familiar que melhor se adequa à sua realização pessoal. Diante disso não cabe ao legislador impor um modelo de família a ser seguido por todos. Assim, que não cabe ao legislador ou aplicador do direito impelir que constituição familiar seja balizada por modelos preestabelecidos e impostos.

Nesse diapasão, cumpre destacar que a morte não faz com que se aconteça a extinção do projeto parental. Malgrado pensamentos que destoam, a técnica de reprodução assistida *post mortem* mantém vivo o desejo de se constituir o sonho do núcleo familiar, possibilitando que o desejo do casal de gerar um filho concretize-se mesmo diante da morte, quando tal vontade, devidamente reconhecida, tenha sido externada por ambos os cônjuges. Assim, dar-se-ia, pois, efetividade ao direito do livre planejamento familiar.

### **3.3. Reprodução assistida post mortem e os permissivos jurídicos para sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro**

Cumpre destacar que, no Brasil, não há lei que tenha como objetivo regulamentar a reprodução humana assistida. Diante o silêncio legislativo, faz-se necessário trazer à luz o princípio da legalidade insculpido art. 5º, II, da Constituição Federal, que diz que ninguém será adstrito a fazer ou deixar a fazer algo senão em virtude de lei. Ora, tal regramento tem seus reflexos nas relações privadas, nas quais tudo sobre o qual não recai uma proibição está permitido. Sendo a reprodução assistida um direito privado do casal, não se poderia macular os princípios e normais constitucionais que regem circunstâncias dessa natureza.

Dentro ainda de uma discussão constitucional, como já fora debatido, não se pode preterir também, na análise da reprodução post mortem, os princípios da paternidade responsável e do planejamento familiar, exarado no art. 226, § 7º da Carta da República. É cediço que a Constituição concede a livre decisão acerca de como será constituída sua família, cabendo ao Estado, pois, prover os recursos necessários para o pleno exercer desta prerrogativa.

---

<sup>87</sup> Posição do STF (ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. AYRES BRITTO - Julgamento: 29/05/2008)

<sup>88</sup> LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Não é de mais trazer à baila, os ensinamentos de Guilherme Calmon Nogueira Gama, que sustenta a balizar relevância dos princípios constitucionais na análise da matéria, ora debatida:

“Tais regras estão previstas no § 7º do art. 226 do texto constitucional, sendo que em 1996 sobreveio a Lei nº 9.263/1996, que passou a regular, em nível infraconstitucional, normas a respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e à mulher, individualmente considerados. De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja a reprodução humana, o que conduz à constatação de que a lei autoriza a mono parentalidade obtida via procriação assistida.”<sup>89</sup>

De fato, tem-se apenas uma tímida normatização sobre o tema trazida pela Resolução CFM nº 2013/2013.<sup>90</sup> Tal resolução estabelece normas a serem seguidas quando da reprodução assistida pelos médicos e parâmetro éticos que devem ser observados. Não obstante, tal resolução carece de um caráter cogente, posto que não tem força normativa, não podendo ser exigida dos demais integrantes do âmbito social.

Na busca por preencher a supramencionada lacuna legislativa, acresceram-se os incisos III, IV e V ao artigo 1597 do Código Civil de 2002. Desta forma dispõe o art. 1.597 do estatuto:

“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; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”<sup>91</sup>

Depreende-se dos citados incisos que a reprodução assistida *post mortem* é contemplada legalmente mesmo que de modo superficial, não havendo como dizer seja juridicamente impossível.

É de se destacar o posicionamento do ilustre autor Venosa, e sua ressalva de que a hodierna legislação cível não traz uma proibição, nem tão pouco um permissivo, assim como também não houve uma preocupação de regular a reprodução assistida, mas, sim, se faz uma constatação da lacuna e a relevante existência de uma problemática. O autor também trouxe a

<sup>89</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. In: Revista Brasileira de Direito de Família, do IBDFAM, vol.5, Abril a Junho/2000, Síntese Editora.

<sup>90</sup> PROST, Antonie.; VICENT, Gerard (Orgs.). “**Segredos de família**”: em sua história da vida privada. 5 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.275

<sup>91</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Código Civil. Brasília, DF, 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 30 mai. 2018.

preocupação diante da necessidade de que se regule urgentemente a matéria em legislação específica.

“Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente 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, por um estatuto ou microsistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social. O fenômeno legal da procriação, no direito do passado, estabelece a presunção de que há uma relação causal entre a cópula e a procriação. Desse modo, em princípio, provada a relação sexual, presume-se a fecundação. No entanto, hoje enfrentamos outra problemática, a exigir normas atualizadas.”<sup>92</sup>

A disposição legal trazida pelo inciso III presume a paternidade nas situações de reprodução *post mortem*, posto que serão considerados concebidos na constância do casamento. Malgrado o Código Civil de 2002 admitir ser possível a filiação póstuma, este não traz menção acerca dos pressupostos para sua realização, fomentando, pois, uma notória insegurança jurídica diante dos possíveis efeitos advindos desta modalidade de filiação. A regulação mencionada mostra-se precária, inexistindo regulamentação apta à reger casos concretos.

Muito embora sem força legislativa, o Conselho de Justiça Federal trouxe à luz a questão no Enunciado 106<sup>93</sup>. Tal enunciado dispôs acerca de parâmetros para que possa ser fomentada a reprodução assistida póstuma, tendo como exemplo de tais limites a existência de autorização escrita do *de cujus* específica para esse fim. Utilizou-se, pois, os requisitos trazidos pela Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina, que prevê que a reprodução assistida *post mortem* “é possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Destarte, como se depreende do Enunciado trazido à baila, faz-se necessária a verificação da inequívoca vontade do *de cujus*, assim como a real necessidade do

<sup>92</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8. Ed. – 2. Reimpre. – São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção Direito Civil; Vol. 6), P. 222 e 223.

<sup>93</sup> Enunciado 106, do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002: “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.” Conselho de justiça federal. Enunciado 106. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

procedimento, uma vez que não deve preterir as balizas constitucionais que circundam a temática, tais como a proteção integral do menor, conforme já debatido no bojo dessa faina.

Cumpra trazer à luz o posicionamento de Maria Berenice Dias acerca da necessidade da autorização para feitura do procedimento após a morte do doador:

“Ainda que o marido tenha fornecido sêmen, não há como presumir, o consentimento para a inseminação “post mortem”. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso a esse fim. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto.”<sup>94</sup>

Em sentido idêntico, posiciona-se Rolf Madale acerca da necessidade de autorização de forma expressa:

“Consequentemente, a possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, prevista no inciso III do artigo 1.597, só poderá ser levado a efeito se já constar autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.”<sup>95</sup>

Destarte, a exteriorização da vontade por escrito é considerada basilar para que sejam realizadas tais técnicas reprodutivas, estando condicionada a utilização do material genético à autorização do cônjuge ou companheiro em vida.

Não se pode negar que existem casos que o fim da vida acaba por vir de maneira abrupta, sem que antes tenha sido colhida a autorização. Nesses casos, não se pode olvidar os planos parentais existentes entre o casal, quando já iniciado o tratamento reprodutivo. É possível que retire o consentimento dos comportamentos perpetrados pelo genitor, mesmo quando inexistente é a autorização expressa para tanto. Tal ausência deve ser suprida por uma autorização judicial, que analisará o conjunto probatório existente.

Outrossim, apesar de o Código Civil presumir a paternidade dos filhos havidos por reprodução assistida após o falecimento do cônjuge, este nada trata sobre o estado civil da mulher que tem o desejo de usar o material genético do marido falecido. O Enunciado 106 do Conselho de Justiça também faz menção a esta temática, tentando ceifar tal celeuma. Segundo enunciado, é obrigatório que a mulher ainda esteja na condição de viúva. Uma conclusão

---

<sup>94</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 334.

<sup>95</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição ver. ampl. atual., 2011, p.507.

deveras lógica, uma vez que um novo casamento ou até mesmo o estabelecimento de união estável, tornaria injustificável a concepção de um filho do marido morto.

Inexistente tais recomendações, a presunção da existência de paternidade apregoada no inciso III do artigo 1597 do Código Civil não terá como incidir ao caso concreto. Obvio que ao menor, será assegurado o seu direito a filiação que deverá ser determinada pelo fundamento biológico, e o reconhecimento da paternidade não será totalmente afastado. É cediço que a filiação possui relevância de ordem constitucional, e, diante disso, poderá o concebido após a morte do genitor, fazer uso da investigação de paternidade, e adquirir o reconhecimento enquanto filho.

O existir de diversas lacunas faz emergir posicionamentos diametralmente contrários à permissividade da reprodução assistida póstuma, uma vez que segundo os que apregoam a impossibilidade, esta macula princípios fundamentais da Constituição Federal. Desta feita, como exemplo dos que não concordam com a inseminação artificial *post mortem*, encontra-se Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Para este autor, a possibilidade material desta técnica fere princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, a paternidade responsável e igualdade entre os filhos. Além do mais, continua o autor, o projeto parental não é um ato unilateral.<sup>96</sup>

Porém, mesmo os que discordam, trazem em seu discurso a necessidade de uma regulamentação específica acerca da matéria, tal como Maria Helena Diniz que defende que:

“[...] urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente [...]. Apesar de sermos contrários a essas novas técnicas de reprodução humana assistida, temos consciência de que o jurista não poderá quedar-se inerte ante essa realidade, ficando silente diante de tão intrincada questão, nem o legislador deverá omitir-se, devendo, por isso, regulá-la, rigorosamente, se impossível vedá-la.”<sup>97</sup>

Por conseguinte, mesmo diante da previsão legal da reprodução assistida *post mortem*, não é existente nenhuma regulamentação específica acerca da matéria, o que gera uma latente insegurança jurídica devido as evidentes lacunas que acabam por fenece a efetividade dos direito do menor que nascera mediante tal técnica.

---

<sup>96</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2033. p. 733.

<sup>97</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 546.

#### 4. REPRODUÇÃO POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

O direito à herança é constitucionalmente amparado em seu artigo 5º, inciso XXX, no qual claramente se percebe o intuito de preservação e perpetuar legado familiar ao longo do tempo, além de estar elencado no rol dos direitos fundamentais. O Direito Sucessório é encontrado na parte especial do direito civil e tem como fim a regulação da destinação do patrimônio do *de cuius*.

O Direito das Sucessões é conceituado com um complexo de princípios que regem a transmissão do patrimônio de quem não mais se encontra vivo. Define-se, pois, como um conjunto de normas que têm o condão de regular a transmissão de bens e obrigações aos legitimados a suceder em razão da morte. Portanto, tal ramo do direito tem como escopo eliminar os conflitos no âmbito familiar no qual recaem as relações do falecido, além salvaguardar os direitos de determinadas pessoas, posto que disciplina a distribuição do patrimônio deixado pelo *de cuius*, segundo os ditames legais e as disposições de última vontade deste.<sup>98</sup>

Segundo Reinaldo Coser:

“A sucessão por morte compreende todas as espécies de aquisição, sendo complexa por sua natureza. É o modo por excelência de sucessão universal, tendo tamanha significação que o substantivo se emprega comumente para designá-la. Caracteriza-se pela completa identidade de posição jurídica do sucessor e do autor da sucessão, de tal modo, “ressalvado o sujeito, todos os outros elementos permanecem na relação jurídica: o título, o conteúdo, o objeto”. A expressão sucessão hereditária emprega-se nos sentidos objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, é sinônimo de herança, massa de bens e encargos, direitos e obrigações que compunham o patrimônio do defunto. No sentido subjetivo, equivale a direita de suceder, isto é, de recolher os bens da herança.”<sup>99</sup>

A dicção literal da disposição legal prevista pelo art.1798 do Código Civil<sup>100</sup> fenece a possibilidade que a criança concebida mediante a inseminação artificial seja apto à sucessão, posto que a sua concepção adveio posteriormente a morte do seu genitor. Como já foi possível notar através dos tópicos anteriores, a reprodução homóloga *post mortem* por inseminação artificial possui correspondência no atual Código Civil quanto ao tema da presunção de filiação.

<sup>98</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 20.

<sup>99</sup> José Reinaldo. **Direito das Sucessões – Do inventário e da partilha**, CL EDIJUR: Leme/SP, 2006. p.12/13

<sup>100</sup> Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Código Civil de 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 15 maio 2018

No entanto, no que toca aos direitos sucessórios, o Estatuto Civilista não traz menção e, muito menos, assegura os direitos de suceder daquele que venha ser concebido mediante a mencionada reprodução assistida. Portanto, é cediço que, malgrado o indubitável reconhecimento dos seus direitos a filiação em igualdade com os filhos já concebidos, no que concerne aos direitos sucessórios, a evidente lacuna legislativa acaba por esvair tais direitos, gerando insegurança jurídica.

Cumprido ressaltar ainda que os manuais de direito civil não aprofundam a problemática em questão, e as discussões cingem-se a existência de limitada produção acadêmica com as mais diversas conclusões. Tais conclusões por vezes apregoam que a vedação aos direitos sucessórios fere o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, ou consideram que o conceder dos direitos sucessórios pode vir a ferir o princípio da segurança jurídica, frente a possibilidade da ocorrência da inseminação se dar após a partilha da herança do de cujus.

Destarte, deve-se, pois, trazer à luz a conceituação de quem tem a capacidade de habilitar como herdeiro do autor da herança, e, pois, discutir a possibilidade de essa capacidade recair sobre o menor que fora concebido pela reprodução *assistida post mortem* será o escopo deste capítulo.

#### **4.1. Abertura da sucessão e modalidades de sucessão**

Com fim da vida, real ou presumida, inicia-se o fenômeno sucessório, uma vez que a morte extingue a personalidade da pessoa natural. Deve-se concluir que a morte abre a sucessão, tornando-se essencial que se faça a verificação de sua autenticidade afim que, assim, possa ser devidamente fomentada a transmissão hereditária. A comprovação da morte deve ser realizada tanto no âmbito da medicina quanto não âmbito jurídico, uma vez que a certidão do registro óbito pelo órgão oficial também se faz essencial.

“A morte, que é fato natural, transforma-se em fato jurídico, ao desencadear tal gama de efeitos, porquanto dela advém, dentre outras consequências, a mudança na titularidade dos bens. Ao mesmo tempo em que põe termo aos direitos e obrigações do *de cujus*, faz emergir direitos e obrigações relativamente aos herdeiros.”<sup>101</sup>

A abertura sucessória tem o condão de determinar a aquisição do patrimônio do falecido pelos herdeiros, a estes, por sua vez, não cabem realizar qualquer ato para tanto. Mesmo que da sucessão não tenham consciência, a morte transfere de forma imediata e de

---

<sup>101</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 21.

pleno direito os bens que constituem a herança, uma vez que o nosso ordenamento jurídico adotou o princípio da *saisine*. Tal princípio diz que os bens são transmitidos automaticamente aos herdeiros, não sendo exigido para tanto formalidades, posto que não admite um patrimônio sem alguém para titulá-lo.

Nessa tocada, no que concerne a transmissão automática dos bens do autor da herança, traz-se o posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

“[...] essa transmissão independe, inclusive, da prática de qualquer ato pelo sucessor, e, até mesmo, do conhecimento da morte, se verificando de pleno direito (*ipso jure*), por força da própria opção legal. Nessa linha de intelecção, a translação automática do patrimônio do falecido aos seus herdeiros, mesmo que estes ignorem o óbito, e ainda que não exerçam a apreensão material dos bens, é o mais importante efeito decorrente da abertura da sucessão (morte).”<sup>102</sup>

Há de ressaltar também que ordenamento jurídico pátrio expurga a possibilidade da existência de herança de pessoa viva (*viventis nulla est heredita*), uma vez que, como já fora explicitado, tão somente com a morte do titular do patrimônio inicia abertura da sucessão.

Faz-se necessário também a existência de herdeiros, os quais irão receber o patrimônio e também as obrigações concernentes segundo os ditames legais da ordem de vocação hereditária. Os herdeiros podem ser classificados em legítimos, classe esta que se subdivide em necessários e facultativos. E também podem ser testamentários, que são instituídos por ato de última vontade do *de cuius*. Diante disso, tratar-se-á acerca da modalidade sucessórias.

#### 4.1.1. Sucessão legítima

Neste ponto, cabe ressaltar conceito das modalidades de sucessão. Conceitua-se a sucessão legítima como aquela que é resultante da lei, e a ordenação do chamamento dos herdeiros se dá de acordo com a presunção legal dos critérios de afetividade. De acordo com Arnaldo Rizzardo, a sucessão legítima tem algumas características a que merecem ser ressaltadas:

“A hereditariedade, visto que não se admite como herdeiro aquele que não é parente, ou o liame conjugal ou da união de fato. Constitui o fator decisivo para o enquadramento do herdeiro no elemento parentesco. A legalidade, eis que a lei especifica quem é herdeiro, não sendo possível sair de tal relação e incluir outra

---

<sup>102</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 7: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015. P.65.

pessoa, a menos que sejam cedidos os bens. A universalidade, porquanto todos os bens sujeitam-se ao inventário, e não apenas parte deles – exceto se alguns tenham sido dados em testamento. A subsidiariedade, no sentido de que são partilhados os bens que sobraem do testamento.”<sup>103</sup>

Quando da ocorrência dessa modalidade de sucessão, a convocação se dará de acordo com a ordem de vocação hereditária, que distribui dos herdeiros em classes preferenciais baseadas nas relações familiares e sanguíneas, nos moldes da disposição do art. 1829 do Código Civil. Segundo Silvio Rodrigues, “é uma relação preferencial estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado”.<sup>104</sup>

A ordem de vocação hereditária esta disposta no art. 1829, nos seguintes termos:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos “colaterais.”<sup>105</sup>

Como é uma ordem preferência, a primeira de classe de herdeiros terá primazia diante dos demais na vocação hereditária. Tal ordem também é sucessiva, uma vez que tão somente serão chamados a suceder os integrantes das demais classes, quando da inexistência de herdeiros na classe precedente. Destarte os parentes mais próximos acabam por excluir os mais remotos.

Por fim, é salutar frisar que se consideram herdeiros necessários aqueles estão descritos no artigo 1845 do Código Civil, e são a estes cabem metade dos bens disponíveis na herança. Percebe-se que a existência de herdeiros necessários limita a liberdade de disposição dos bens para o testamento pelo testador, uma vez que a parte legítima é intangível, como dispõem o artigo 1846 do Código Civilista. Caso a autor da herança faleça sem ter feito um testamento, o total dos bens que formam o patrimônio irão ser destinados aos herdeiros legítimos.

#### 4.1.2. Sucessão testamentária

<sup>103</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 149.

<sup>104</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8. Ed. – 2. Reimpre. – São Paulo: Atlas, 2013. P.118.

<sup>105</sup> BRASIL. Código Civil 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 26 jun, 2018.

A sucessão testamentária por sua vez é aquela decorrente do ato de ultima vontade do autor da herança. A expressão desse derradeiro desejo se dá através de um negócio jurídico denominado testamento. Este ato é personalíssimo, e o meio pelo qual é disposto o destino do patrimônio do *de cuius*. Há de se ressaltar que o testamento é negócio solene e revestido de formalidades preestabelecidas pelo texto legal, que pode abranger nuances patrimoniais e extrapatrimoniais. Sobre as questões extrapatrimoniais tem-se o reconhecimento de um filho como exemplo.

Destaca-se ainda que sobre o testamento recai a possibilidade de revogabilidade, mesmo quando observadas as formalidades e requisitos para sua constituição. Isso porque em vida, o testador pode vir alterá-lo, e os beneficiados até a morte deste não terão direitos, posto que o testamento tão somente produzirá seus efeitos quando da morte do testador.

Para Arnaldo Rizzardo:

“Tem-se, com a sucessão testamentária, é um ato unilateral de vontade, dispondo especialmente quanto aos bens em favor de terceiro, para valer após a morte daquele que dispõe com a possibilidade de revogação.”<sup>106</sup>

O herdeiro constituído mediante o testamento é denominado de legatário, e a sucessão para ele acontece a título singular, ou seja, ocorre a transferências de bens determinados. O legatário não participa da formação do negócio jurídico, sendo, pois, tão somente um beneficiário deste.

Convém ainda salientar, no tocante a legitimidade passiva, ou seja, a capacidade de alguém adquirir o que fora deixado através do testamento, as disposições trazidas pelo artigo 1.799 do Código Civil, posto que toca diretamente a celeuma objeto deste trabalhos. A prole eventual é uma nítida exceção ao que está disposto no art. 1798 do Código Civilista, uma vez que aceita que alguém ainda não concebido quando da morte do *de cuius* tenha capacidade de suceder. Para alguns doutrinadores, o concebido por inseminação póstuma estaria enquadrado como herdeiro testamentário.

O artigo 1799 do Código Civil assim dispõe:

“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;**  
 II - as pessoas jurídicas;  
 III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. (negritou-se)”<sup>107</sup>

<sup>106</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 228.

<sup>107</sup> BRASIL. Código Civil 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 26 jun, 2018.

Como se depreende do art. 1799, I do Código Civil, o legislador tornou possível que aquele filho de pessoa indicada pelo testador, ainda que não concebido ao tempo da abertura da sucessão seja beneficiado por meio do testamento. Trata-se, pois, da prole eventual, como bem evidencia Francisco José Cahali:

“[...] trata-se de legitimidade passiva atribuída pelo legislador à prole eventual de pessoa ou pessoas que o testador gostaria de beneficiar. A lei exige que as pessoas indicadas como genitoras dos futuros sucessores estejam vivas ao tempo da abertura da sucessão. Nesse caso, então, o juiz deverá indicar um curador que zelará pelos bens atribuídos aos herdeiros eventuais, curatela que caberá, salvo disposição em contrário do testador, à pessoa cuja prole eventual foi agraciada.”<sup>108</sup>

Esta prole eventual, segundo o artigo 1800 do Código Civilista, deverá ser concebida em até dois anos após aberta a sucessão, decorrido o supramencionado tempo, caso não haja disposição diversa, os bens deixados à prole eventual serão dados aos herdeiros legítimos, e cláusula testamentária não mais surtirá seus efeitos.

Como já explicitado, parte da doutrina se vale da prole eventual para suprir a lacuna legislativa no que concerne a sucessão do concebido após a morte do genitor, portanto, estaríamos diante de uma sucessão testamentária, não sendo o menor tido herdeiro necessário, como deveria ser considerado, uma vez ser este filho do autor da herança. Tal a elucidação não se mostra, pois, a mais apropriada, posto que macula o já trabalhado princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

#### **4.2. Sucessão do filho concebido post mortem e relativização do princípio da coexistência insculpido no artigo 1798 do código civil**

Como já fora explicitado, o legislador originário foi omissivo quanto à capacidade sucessória do descendente havido por técnicas de reprodução assistida após a morte do *de cuius*. Desta feita, o magistrado que ao deparar com problemática tal como esta, num caso concreto, terá que se socorrer em outras fontes do Direito constituídos como aptas a minimamente direcioná-lo a uma decisão destituída de obscuridade e inexatidão, sejam essas fontes os princípios, a analogia e as demais que o Direito proporciona.

---

<sup>108</sup> CAHALI, Francisco José. **Sujeitos da Sucessão: Capacidade e Legitimidade**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.P.24

Isso porque se trata de um tema procedimentalmente intrincado, e essa dificuldade se perpetua nos assuntos tratados pelo ordenamento que se remetem a reprodução assistida homóloga. Assim sendo, tal “regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.”<sup>109</sup>.

Inicialmente, portanto, é possível depreender que é inexistente a possibilidade de sucessão por parte do nascituro fruto de inseminação artificial *post mortem*. Visto que, conforme o artigo 1784 do Código Civil, a sucessão é imediata à morte, e o artigo 1798 normatiza que só se legitimam a suceder os filhos nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão.

Sendo assim, restaria apenas, analogicamente, a forma testamentária como maneira de deixar parte da herança a prole eventual que se consumaria após a morte do de cujus, desde que não ofendesse a parte já assegurada legalmente para os herdeiros legítimos. Assim pensa Silvio de Salvo Venosa:

“No caso de herdeiros ainda não concebidos, os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz (an. 1.800). Se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (an. 1.800, § 4º). Nesse caso, resolve-se a disposição testamentária. Essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais. Veja o que falamos a esse respeito em nossa obra sobre direito de família. Se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual não serão herdeiros.”<sup>110</sup>

Porém, há corrente doutrinária que discorda dessa possibilidade que sucessão ocorra por meio de testamento, visto que, segundo tal corrente, estaria sendo violado o princípio Constitucional da igualdade entre os filhos. E justamente, por esse princípio presente na Constituição, existe quem advogue a favor do direito à sucessão legítima do nascido *post mortem* mediante inseminação, seja por analogia, seja pela promulgação de leis que assim o façam.

Por analogia é a forma defendida que se depreende da leitura do livro de Mauro Antonini:

“Parece possível sustentar, no entanto, que, se o marido ou companheiro tiver deixado anuência expressa, consentindo com a inseminação *post mortem*, estabelece-se o vínculo de paternidade e, por extensão, o direito sucessório. Tal

---

<sup>109</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.400.

<sup>110</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.52.

hipótese não conflita com o artigo ora comentado, por não se cogitar na vigência do Código Civil de 1916, nem na elaboração do Código atual, da reprodução assistida mediante inseminação post mortem. O art. 1.798 tem por finalidade, por conseguinte, em sua concepção original, resguardar o direito do nascituro, não excluir filhos concebidos após a abertura da sucessão. Quanto ao óbice de tal possibilidade gerar insegurança jurídica por tempo indefinido, é de se estabelecer como limite, para petição de herança, o prazo de dez anos da abertura da sucessão.”<sup>111</sup>

É a favor do direito sucessório do embrião crioconservado também Maria Helena Diniz que leciona:

“Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material germinativo do “de cujus”, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição da herança, que prescreve em dez anos após a sua maioridade, poderá pleitear sua parte no acervo hereditário.”<sup>112</sup>.

Como é sabido os direitos do nascituro são assegurados mesmo este ainda não possuindo personalidade civil, conforme o artigo 2º do Código Civil. Parte da doutrina entende inclusive que “a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião pré-implantatório *in vitro* ou crioconservado, ou seja, aquele que não foi introduzido no ventre materno.”<sup>113</sup> Essa proteção não se estendeu ao nascituro sobrevivendo após a morte do de cujus por inseminação artificial no tocante aos seus direitos sucessórios.

No entanto, para Hironaka<sup>114</sup>, não recai dúvida acerca da existência do direito sucessório do embrião criopreservado, uma vez que doutrina tende à ampliação do conceito de nascituro. Os limites não se cingem mais a concepção *in vivo*, ou seja, no ventre da mãe, mais abrange também ao o conceber *in vitro*.

“Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção”.

Já fora explicado que no âmbito do direito de família, presume-se concebido na constância do casamento o filho advindo de reprodução assistida *post mortem*, mesmo perante a dissolução do vínculo matrimonial pela morte. Conclui-se, através da supramencionada presunção, que o filho passa a ter status de nascituro, e, não tão somente concepturo, e

<sup>111</sup> ANTONINI, Mauro. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010. P.2120.

<sup>112</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.62.

<sup>113</sup> TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.67.

<sup>114</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. 2007. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290> >. Acesso em 29 jun. 2018.

malgrado ser considerado um herdeiro póstumo, terá o direito a imediata transferência da propriedade dos bens que constituem a herança, como se nascido fosse no instante o qual fora aberta a sucessão.

Diante de tal conclusão, é de se entender que o requisito legal estabelecido pelo artigo 1798 do Código Civil, qual seja, a concepção no momento da abertura da sucessão, resta preenchido, afastando a ideia que não teria este filho os direitos sucessórios enquanto herdeiro necessário. Não caberia, portanto, mera justificativa legalista do não preenchimento de um requisito para a capacidade suceder.

É este o pensamento do autor Caio Mário Pereira, abaixo colacionado:

“Em realidade, ocorrendo a concepção, por processo artificial, depois da morte do pai, não há que *presumir* sua contemporaneidade com um casamento sabidamente dissolvido por aquele óbito anterior: a hipótese é, claramente, de ficção, jurídica, e não de verdadeira presunção. Resta saber como semelhante “presunção” (*rectius*, ficção) se harmoniza com a regra do art. 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido “na constância do casamento”, estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero *concepturo*), plenamente equiparado ao que, já concebido por processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão.”<sup>115</sup>

Destarte, a previsão legal do artigo 1.798 do Código Civil, deve ser interpretada de maneira extensiva com a finalidade de que seja abrangido também aquele que ainda não fora concebido. É de se ressaltar que quando da edição do supramencionado artigo, o legislador não se preocupou em tratar da temática, limitando-se a mera repetição do texto legal anterior, que tão somente dava benefícios ao concepturo na sucessão testamentária, uma vez que a este tempo não era possível situações dessa natureza diante da limitação científica da época.

Ora, torna-se contraditório o atual Código Civil, que por um lado concede a filiação e por outro fenece os direitos patrimoniais advindos desta, mormente os hereditários.

<sup>116</sup> É este o pensamento de Rogério Alvarez acerca da matéria:

“Uma vez estabelecida essa relação de parentesco, os parentes tornam-se herdeiros necessários uns dos outros (arts. 1845 e 1829, I e II). Reside nesse ponto outra aparente contradição do Novo Código, pois, ao mesmo tempo em que confere ao parente em linha reta (filho) o direito sucessório, em razão do parentesco decorrente da consanguinidade, restringe esse direito, conferindo-o somente aos filhos havidos

---

<sup>115</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. Vol. VI, 16ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007. Pág. 34

<sup>116</sup> JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. 2003. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110> >. Acesso em 29 jun. 2018.

ao tempo da abertura da sucessão. Como já mencionado, o filho havido por fecundação *post mortem* não terá direito à sucessão, porque concebido após a abertura desta, mas, ao mesmo tempo, é parente por consanguinidade e este faz *jus* ao direito sucessório. Tal contradição deve ser entendida como apenas aparente. Na verdade, nela mesmo sinaliza-se a solução para a questão da fecundação inescrupulosa realizada após a morte do marido. Se este deixou autorização para a utilização de seu sêmen após a morte, deve ter toda aplicação o disposto nos mencionados artigos 1.591 e 1.593, estabelecendo-se desde logo a relação de parentesco, com todos os direitos dela decorrentes.”<sup>117</sup>

Resta impossível a exclusão do filho concebido *post mortem* da sucessão legítima, o que demanda que sane a lacuna legislativa, assegurando assim o direito constitucional à herança (art. 5º, XXX, CF). Como bem trabalha Dário Nóbrega:

“(…) a norma a ser construída a partir do art. 1.798 do Código Civil brasileiro deve observar a Constituição e sua principiologia, do que se infere que esta norma deve prestar obediência ao § 6º do art. 227 da CRFB/88, o qual é uma concretização do princípio constitucional da isonomia. Assim sendo, diante da possibilidade de se conceber uma pessoa após a abertura da sucessão, por meio de técnica de reprodução humana assistida, não se pode aceitar que o art. 1.798 supra referido determine que esta pessoa não tenha legitimidade sucessória, pois, em sendo filha do autor da herança, estaria sendo tratada de forma desigual em relação aos demais filhos deste, que já estavam vivos ou concebidos no momento da abertura.”<sup>118</sup>

Nesse diapasão, na existência ou inexistência de um testamento, constando-se, no inventário, que resta possível a utilização do material genético do autor da herança para concepção após a sua morte, com sua autorização expressa, devem ser postos em reserva os bens que cabem a este filho que possa vir a ser gerado, com o fito de proteger o direito constitucional à herança e afastar a possibilidade de uma vindoura briga judicial.

Caso não tomada tal cautela, nascido o herdeiro necessário após a partilha dos bens, poderá este, mediante petição de herança, requerer em juízo o seu quinhão hereditário, tal como um filho que fora reconhecido por ação de investigação de paternidade posterior.

<sup>119</sup>Cumprido descartar que supracitada petição de herança deve observar o prazo prescricional de dez anos, constados do falecimento do autor da herança, como bem será explicado no tópico seguinte.

---

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **A inseminação artificial no novo Código Civil: Filiação e Sucessão**. Em: Questões de direito civil e o novo código, São Paulo: Ministério Público do estado de São Paulo, 2004. P. 303/304 e 308/309

<sup>118</sup> NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A Reprodução Humana Assistida Post Mortem e o Direito Sucessório do Concebido – uma Interpretação Constitucional da Legitimidade Sucessória a partir do Princípio da Isonomia. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM. Ano XII. nº 20, Fev-Mar 2011, p. 39-59.

<sup>119</sup> FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423> >. Acesso em 29 jun. 2018.

Não obstante, há também doutrinadores contrários a possibilidade da inseminação *post mortem*, como é o entendimento externado por Eduardo de Oliveira Leite:

“A inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável. Como se não bastassem as contra-indicações de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de ordem jurídica a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma poderia provocar vários problemas na herança e sucessão, o direito precisaria levar em consideração potenciais descendentes que poderiam nascer anos depois da morte do marido.”<sup>120</sup>

A parte da doutrina contrária defende que ao filho concebido pela inseminação póstuma não caberia a sucessão legítima, mas tão somente este poderia herdar através de disposição testamentária, como prole eventual, não cabendo, pois, reserva de quinhão. Portanto, findo os dois anos após a abertura da sucessão, o patrimônio reservado estará disponível aos herdeiros necessários, sendo esta uma interpretação analógica do art. 1800, § 4º do CC. E a criança gerada, mesmo tida como filho, não mais poderia herdar de nenhuma forma os bens deixados pelo seu genitor.

É de se notar que, em que pese os respeitáveis posicionamentos, não se pode quedar indiferente a situações tais como essa, posto que em jogo se lida com vida, e demonstra-se ainda tão mais necessária uma regulamentação sobre a temática, uma vez que não há com negar a um filho os direitos decorrentes da própria filiação. Retirá-los em nome uma interpretação que se apega tão somente a aspectos legalistas, é expor um menor a uma espécie de limbo jurídico que tão somente este prejudica, que é a parte mais frágil da relação.

É este o pensamento de Rogério Alvarez acerca da matéria:

“Uma vez estabelecida essa relação de parentesco, os parentes tornam-se herdeiros necessários uns dos outros (arts. 1845 e 1829, I e II). Reside nesse ponto outra aparente contradição do Novo Código, pois, ao mesmo tempo em que confere ao parente em linha reta (filho) o direito sucessório, em razão do parentesco decorrente da consanguinidade, restringe esse direito, conferindo-o somente aos filhos havidos ao tempo da abertura da sucessão. Como já mencionado, o filho havido por fecundação *post mortem* não terá direito à sucessão, porque concebido após a abertura desta, mas, ao mesmo tempo, é parente por consanguinidade e este faz *jus* ao direito sucessório. Tal contradição deve ser entendida como apenas aparente. Na verdade, nela mesmo sinaliza-se a solução para a questão da fecundação inescrupulosa realizada após a morte do marido. Se este deixou autorização para a utilização de seu sêmen após a morte, deve ter toda aplicação o disposto nos mencionados artigos 1.591 e 1.593, estabelecendo-se desde logo a relação de parentesco, com todos os direitos dela decorrentes.”<sup>121</sup>

<sup>120</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 155.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **A inseminação artificial no novo Código Civil: Filiação e Sucessão**. Em: *Questões de direito civil e o novo código*, São Paulo: Ministério Público do estado de São Paulo, 2004. P. 303/304 e 308/309

### 4.3. Prazo prescricional para a implementação do gameta após a morte do genitor

Ora, diante da lacuna legislativa e do mister de salvaguardar a segurança jurídica, faz-se necessário, como trabalha Ana Beraldo<sup>122</sup>, que se estabeleça um prazo legal para que a viúva vem conceber, porém tal prazo não deve ser, pois, em demasiado alargado, com escopo de salvaguardar os direitos dos já existentes herdeiros.

Porém cumpre ainda destacar que há posicionamento contrário a acerca da fixação de um prazo. Para Márcio Delfin<sup>123</sup>, o fixar de um prazo específico tornaria limitada as possibilidades da viúva na utilização do material genético, maculando, pois, a sua dignidade e o seu direito ao livre planejamento familiar. E a fim de ser afastado tal possibilidade, à viúva não deveria ser imposto qualquer prazo, podendo a mesma vir a gerar a qualquer tempo um filho do seu já falecido marido. Tal fixação de prazo forçaria o genitor sobrevivente a optar pela procriação com sémen de origem homóloga antes de percorrido o prazo prescricional, o que poderia violar os princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e o Livre Planejamento Familiar.

E que pese o posicionamento supra, há se constatar que a não fixação de qualquer prazo fomenta insegurança jurídica, e, na buscar por sanar tal celeuma, levantam-se teorias que permeiam os estabelecimentos de prazos para que se possa ser reconhecidos os direitos sucessórios da prole concebida por inseminação póstuma.

#### 4.3.1. Prazo prescricional e sucessão testamentária

Parte da doutrina entende que tão somente poderá ocorrer a sucessão na modalidade testamentária, para tanto deve respeitado o mesmo prazo para concepção da prole eventual. Traz-se, pois, a contribuição de Carlos Cavalcanti acerca da imprescindibilidade da existência de um prazo de dois anos para implantação do material genético criopreservado do *de cujus*:

Objetivando não permitir que se prolongue indefinidamente a perspectiva da fecundação *post mortem* entendemos que deverá o falecido haver estabelecido, por documento escrito ou através de testamento, prazo não superior a dois anos para realização do procedimento e concepção de sua prole eventual, caso contrário, há de se aplicar, por analogia, o prazo máximo de dois anos, previsto para concepção da

---

<sup>122</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida post mortem. Revista do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal da Bahia. Salvador: N. 20, 2010.1, p. 82-83.

<sup>123</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo: Síntese, v. 12, n. 65, abr/mai 2011, p. 16.

prole eventual de terceiro, beneficiada na sucessão testamentária, de acordo com o artigo 1.799, inciso I, c/c. artigo 1.800, §4º, do Código Civil.<sup>124</sup>

É de se considerar aceitável, para esse posicionamento, que se aplicaria o prazo do art. 1800 §4º do Código Civil. Neste caso, a concepção deveria, pois, ocorrer até o máximo de dois anos após tornar-se aberta à sucessão. Decorrido o prazo mencionado restaria impossível a inseminação *post mortem*, uma vez que também faz-se necessária a proteção dos de mais herdeiros. Destarte, aos que adotam tal entendimento, seriam os concebidos após a morte do seu genitor considerados herdeiros testamentários, só podendo ter capacidade sucessória se forem beneficiados em testamento, e este conter disposições acerca da prole eventual.

A observação do prazo de dois anos é requisito para aquisição da capacidade sucessória para que a criança venha a ser beneficiado pelo testamento, de acordo a disposição legal do artigo o art. 1.800, §4º do Código Civil. Ora, tal disposição não visa nada mais do que salvaguarda a segurança jurídica das relações jurídicas no âmbito sucessório.

Não é de mais deixar claro, o Código Civil concede o direito do reconhecimento da filiação, porém não acompanhando tal concessão, a lei retira de filhos, concebidos por reprodução assistida *post mortem*, o direito sucessório. Percebe-se, pois, um cristalino desrespeito. A prevalência deste posicionamento traz consigo uma óbvia afronta aos dispositivos constitucionais da igualdade entre os filhos e o melhor interesse do menor.

#### 4.3.2. Prazo prescricional e a sucessão legítima

Noutro vértice, para os doutrinadores que defendem a sucessão legítima aos filhos concebidos após a morte do genitor, advoga-se que a transmissão dos bens estaria condicionada a petição de herança, com prazo prescricional de 10 anos contados do trânsito em julgado da sentença que julgou o inventário. A petição de herança é o instrumento pelo qual um herdeiro preterido no processo sucessório, por não ser considerado como herdeiro, requer o quinhão que lhe cabe. Mediante tal ação, consegue-se o reconhecimento da situação de herdeiros, por conseguinte, os direitos sucessórios.

Como bem explica o ilustre doutrinador Venosa:

Pode ocorrer que herdeiros não sejam relacionados e não sejam trazidos ao inventário e a partilha por uma série de razões. Na situação, não se reconhece a pessoa sua condição jurídica de herdeiro. Um filho do autor da herança, por exemplo, que não tenha sido reconhecido, ou que não se sabia de sua existência,

---

<sup>124</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005.

ocorrendo resistência dos interessados em admiti-lo como herdeiro. Da mesma forma, por exemplo, pode ser descoberto um testamento do qual não se tinha notícia, instituindo herdeiro até então desconhecido. Ao obstado dessa forma de concorrer à herança, portanto, cabe recorrer à contenda judicial para a definição de sua condição de herdeiro e, conseqüentemente, obter a parcela que lhe cabe na universalidade. Na definição clássica de Itabaiana de Oliveira (1987), “*a ação de petição de herança é a que compete ao herdeiro legítimo ou testamentário contra aqueles que, pretendendo ter direito à sucessão, detêm os bens da herança no todo ou em parte.*”<sup>125</sup>

É salutar dizer que, como dispõe o artigo 198 do Código Civil, contra o absolutamente incapaz não corre a prescrição, tendo, pois, o filho concebido através da inseminação artificial *post mortem* até vinte seis anos para pleitear em juízo seus direitos sucessórios através da petição de herança.

Caso reconhecida for a procedência do pedido formulado no bojo da petição de herança, a partilha será considerada nula, podendo o agora reconhecido herdeiro requerer os bens, incluídos também aqueles estiverem na posse de terceiros.

Conforme a dicção da Súmula nº 149 da Suprema Corte, é imprescritível a ação que visa a investigação de paternidade, porém tal imprescritibilidade não toca a petição de herança que possui um prazo de dez anos para que venha ser ajuizada. Nesse caso, o lapso decenal terá, pois, como termo inicial o trânsito em julgado em julgado da sentença que reconheceria a paternidade.

---

<sup>125</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil; Vol 6), Pág. 346

## 5. CONCLUSÃO

A reprodução humana assistida fomentou a esperança aos casais que sofriam com a angústia advinda da infertilidade, tornando possível o sonho de se construir uma família, porém o direito não acompanhou tal desenvolvimento científico. A reprodução humana assistida tornou-se um problema jurídico no que concerne o embrião congelado pela técnica da criopreservação, o qual pode ser utilizado para concepção após anos, inclusive *posteri* a morte do pai.

Há de se ressaltar que, com a evolução da biomedicina, novidades surgiram na edição do Código Civil de 2002, em seu art. 1597. Resta evidente que o direito de família tratou de regulamentar o filho nascido por fecundação homóloga *post mortem*. E no âmbito de Direito de Família, permite a presunção de paternidade decorrente da inseminação artificial, o que não acontece no que concerne o Direito Sucessório, não havendo referência a tal filiação, que não regulamentou a situação já existente no Código, fazendo emergir um o conflito dentro da área cível.

É cediço que não há proibição, entendendo-se que o embrião sendo introduzido na mãe, e nascendo com vida, será presumido filho concebido na constância do casamento, não podendo haver distinção alguma com os filhos já havidos enquanto o autor da herança ainda era vivo. Porém, insta enfatizar, que, como bem ressalva a resolução de 106 do Conselho de Justiça Federal, o consentimento do *de cuius* expresso é basilar para que seja observada a presunção de filiação.

Observa-se uma total omissão do legislador no sentido de atribuir herança ao filho concebido por reprodução póstuma. Parte da doutrina defende que a alguém que no momento da morte do pai não possuía legitimação sucessória segundo a dogmática clássica, não poderia suceder, o que constitui nítida a contrariedade à Constituição Federal.

O ordenamento jurídico é obscuro no que concernem os direitos do filho inseminado e nascido após a morte do autor da herança, não deixando claro se este terá os mesmos direitos que os filhos já nascidos quando da abertura da sucessão.

A despeito de o direito de família ser claro ao declarar que os filhos nascidos pelas técnicas de Reprodução assistida através da utilização do mesmo material genético do pai, com a autorização do cônjuge, são filhos do *de cuius*, o direito sucessório não os iguala da mesma forma. Não obstante, tal posicionamento denota uma inadequação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, pois cria disparidades de tratamento entre os

descendentes, fazendo que herdeiros necessários não tenham direito a legítima que lhes cabem, sendo contemplados apenas quando da existência de disposição testamentária.

Com o advento da Constituição de 1988, estabeleceu-se a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, a informalidade familiar e a isonomia jurídica de todos os filhos, independente da origem da filiação. A eliminação da ligação entre casamento e legitimidade da família resultou no fim da antiga categorização dos filhos. Por óbvio é inconcebível, portanto, tal tratamento discriminatório, haja vista as crianças advindas de reprodução assistida serem consideradas filhos, possuindo todos os direitos estabelecidos para os outros filhos, sem distinção.

Não se pode contemplar tal possibilidade sem ferir direitos de ordem constitucional, expurgando-se, pois, o direito à herança de alguém, que por mais clichê que pareça ser, não pedira para nascer. A criança gerada por inseminação póstuma é descendente do seu genitor. A presunção de paternidade trazida pelo Código Civil é de clareza solar, e, tomar esse filho como tão somente um mero herdeiro testamentário é ferir a própria Constituição Federal que deu aos filhos, independentemente de sua origem, um tratamento igualitário. Não é plausível, pois, a exclusão de seus direitos sucessórios.

Ao congelar-se o embrião, certamente tinha-se o escopo que este se desenvolveria, e o doador da carga genética, como pai, gostaria que o seu filho tenha garantido o seu bem-estar, e todos os direitos que lhe cabe enquanto filho. Portanto, interpretando o diploma civil juntamente com a constituição, sucessão após a morte do autor é totalmente viável, observando o princípio do melhor interesse da criança e isonomia entre os filhos.

Há de se ressaltar, a despeito da possibilidade de interpretação supracitada, resta evidente a necessidade de uma legislação específica que contemplem os filhos nascidos após a morte do autor da herança, enquanto mercedores do direito sucessório.

Faz-se necessária uma legislação em consonância com o hodierno de desenvolvimento científico, para a solução deste e outros conflitos desenvolvidos em razão as técnicas de reprodução assistida. Tal legislação deve, pois, trazer requisitos básicos e prazos prescricionais em sintonia com os imperativos da segurança jurídica.

No que concerne aos prazos prescricionais a serem observados, cumpre destacar que, mesmo diante de ilustres doutrinadores que concluem de forma divergente, a existência de um prazo razoável é de extrema relevância, porém tal prazo deve, pois, resguardar os direitos, igualando a legítima do nascituro aos demais herdeiros do genitor. Diante da indubitável capacidade sucessória, se o inventário já fora concluído e realizada a

partilha dos bens, para o reconhecimento da condição de herdeiro, o filho concebido após a morte do genitor deve fazer uso da petição de herança.

A conclusão de que esse filho tão somente poderia conseguir status de herdeiro se assim dispusesse o testamento, enquanto prole eventual, mostra-se diametralmente contrária a igualdade dos filhos prevista no texto constitucional. Se filho é, tratamento condizente merece ser dispendido a este, sendo, pois, considerado um herdeiro legítimo e necessário. Não se pode admitir nenhuma espécie de tratamento desigual aos filhos, e havendo clara manifestação de vontade para a realização da técnica reprodutiva, qualquer mitigação deste direito estará ferindo o princípio constitucional da igualdade tão caro ao sistema democrático.

## REFERENCIAS

- ALBANO, Suzana Stoffel Martins. **Reprodução assistida: Os direitos dos embriões congelados e daqueles que os geram.** Em Revista Brasileira de Direito de Família, v. 7, n. 34, p. 95, fev./mar., 2006.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório.** V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2005.
- ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em: 16 de março. 2018.
- ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. **Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas.** Revista Bioética, Brasília-DF, vol. 22, no 1, p. 66-75. Disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/883/975](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975). Acesso em 19 de mar, 2018.
- AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, Direito e reprodução humana assistida.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **Novas relações de filiação e paternidade.** In: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2009.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem.** Rio de Janeiro: 2012.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Consequências jurídicas da reprodução humana assistida post mortem.** Revista do Programa de Pós Graduação da Universidade Federal da Bahia. Salvador: N. 20, 2010.1, p. 82-83.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.
- COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro.** USP, São Paulo: 2014.
- CÔRREA, Marilena C. D. V. e LOYOLA, Maria Andréa. **Dossiê: Novas perspectivas sociodemográficas. Reprodução e Bioética: a regulação da reprodução assistida no Brasil.** Caderno CRH.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 maio 2018.

DELFIM, Márcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem**. Em: Revista de Direito Privado, v. 9, n. 34, 2008.

DELFIM, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem**. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo: Síntese, v. 12, n. 65, abr/mai 2011, p. 07-20.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Lei 8069/90 Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 18 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Enunciado nº 105, Jornada de Direito Civil I**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-ev-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Enunciado nº 258, Jornada de Direito Civil III**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-ev-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>> . Acesso em: 15 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **Enunciado 106, do Conselho da Justiça Federal**, aprovado na I Jornada de Direito Civil de 2002: “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.” CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 106. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, volume 7: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2011.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. (Org) FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Coordenadora. Manole: Barueri, 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423> >. Acesso em 29 jun. 2018.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, volume 6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado**. In: Revista Brasileira de Direito de Família, do IBDFAM, vol.5, Abril a Junho/2000, Síntese Editora.

GOZZO, Débora. **Direito fundamental de herança e inseminação post mortem**. In: GOZZO, Débora, FERRAZ, Anna Candida da Cunha, LEISTER, Margareth (coords.). **Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. 2007. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290> >. Acesso em 29 jun. 2018.

JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. 2003. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=110> >. Acesso em 29 jun. 2012.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª edição ver. ampl. atual., 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**, 2003. p. 82-128. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Estatuto Jurídico do Embrião**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Cláudio Pedrosa. **Monografia apresentada no Curso de Mestrado em Direito UFPE/IESP**.

NUNES, João Batista Amorin de Vilhena (coord.). **Família e Sucessões: reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **A inseminação artificial no novo Código Civil: Filiação e Sucessão**. Em: Questões de direito civil e o novo código, São Paulo: Ministério Público do estado de São Paulo, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. Vol. VI, 16ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.

PEREIRA, Tania da Silva (Coord.). **O melhor interesse da criança um debate interdisciplinar** In.: PEREIRA, Tania da Silva. O “melhor interesse da criança”. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

PERROTI, Marcos Antônio; PERROTI, Maria Regina Machado; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito do planejamento familiar**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 749, 1987 - março de 1988.

PIRES, Thiago José Teixeira. **Princípio da Paternidade Responsável**. 2002. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=10171](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10171). Acesso em: 30 mai. 2018.

Posição do STF (ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. AYRES BRITTO - Julgamento: 29/05/2008).

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências Constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

PROST, Antonie.; VICENT, Gerard (Orgs.). **“Segredos de família”: em sua história da vida privada**. 5 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SÁ, Mária de Fátima de. RIBEIRO; LEITE, Gustavo Pereira. **Princípios éticos e jurídicos da manipulação genética**. In: CASABONA, Carlos María Romeo; DE SÁ, Maria de Fátima Freire (coords.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”. Da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCALQUETE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem – Aspectos Éticos e Legais**.

Disponível: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao\\_assistida\\_homologa\\_post\\_mortem\\_aspectos\\_eticos\\_e\\_legais.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_post_mortem_aspectos_eticos_e_legais.pdf). Acesso em: 22 mar. 18.

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: [www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849). Acesso 03 de março de 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROTÂNIA, Alejandra Ana. **Dossiê reprodução humana assistida**. 2003. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>. Acesso em 16 mar. 2018.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8. Ed. – 2. Reimpre. – São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção Direito Civil; Vol. 6).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil; Vol 6).

Venosa, Sílvio da Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA

DE BRITO PINTO, MARYANNE.

VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.798,  
DO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA POSSIBILIDADE MATERIAL DA  
CONCEPÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM / MARYANNE DE BRITO  
PINTO. - 2018.

65 f.

Orientador(a): Raimundo Nonato Serra Campos Filho.  
Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade  
Federal do Maranhão, São Luís, 2018.

1. Direito Sucessório. 2. Inseminação Artificial Post  
Mortem. 3. Reprodução Assistida Homóloga. I. Nonato  
Serra Campos Filho, Raimundo. II. Título.