

**FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA –
FIBRA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LAYANNE FORTUNATO MILHOMEM

**DOS EFEITOS DA CONCEPÇÃO *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE
JURÍDICA AO DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÃO**

**ANÁPOLIS – GO
2016**

LAYANNE FORTUNATO MILHOMEM

**DOS EFEITOS DA CONCEPÇÃO *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE
JURÍDICA AO DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Faculdade do
Instituto Brasil de Ciências e Tecnologia LTDA
como requisito para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Professor Orientador Esp.: Heleno José dos
Santos Júnior

**ANÁPOLIS – GO
2016**

A todos os pais que se submetem diariamente as técnicas de reprodução artificial *post mortem*, na busca de estabelecer o ideal de família, e as crianças brasileiras frutos desses métodos que aguardam os seus direitos (já) existentes.

FACULDADE DO INSTITUTO BRASIL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA – FIBRA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

**DOS EFEITOS DA CONCEPÇÃO *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE JURÍDICA AO
DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÃO**

Acadêmico (a): Layanne Fortunato Milhomem

Orientador: Prof. Esp. Heleno José dos Santos Júnior

O presente Trabalho de Conclusão de Curso foi aprovado em ____
de _____ 2016, pela banca examinadora composta pelos membros abaixo
assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____).

Banca Examinadora

Prof. Esp. Heleno José dos Santos Júnior
Presidente

Membro

Membro

AGRADECIMENTOS

Nenhuma vitória é possível sem termos enfrentado grandes desafios. Hoje posso ver que todos os esforços valeram à pena. Noites de sono perdidas, sei que não foi fácil, mas agora posso dizer com toda clareza, venci. Foram cinco anos de aprendizado que me fez conhecer a beleza do Direito e sua importância para a sociedade. A força de vontade e a persistência me trouxeram até aqui, um início de muitas outras conquistas.

Essa vitória não foi somente minha, pois em primeiro lugar agradeço a Deus que me deu forças quando mais precisei nesta etapa em minha vida e aos meus pais: Silvio Milhomem de Souza e Lucinéia S. Fortunato Milhomem, por serem meus fiéis conselheiros presentes em todos os momentos. Só tenho a agradecer por me fornecerem toda a estrutura e condições financeiras que eu precisava, pela dedicação diária, conforto proporcionado, pelo amor depositado em mim, enfim, por me cuidarem tão bem desde sempre. É graças a vocês que eu tive a oportunidade de chegar até aqui, na conclusão de um curso superior e rumo a uma grande carreira jurídica.

Em seguida, agradeço a uma *pessoa sui generes* que muito me apoiou, sobretudo psicologicamente, durante todo o curso, Victor Hugo de Carvalho Figueredo. Pela compreensão nas horas, dias, meses e anos em que você estava comigo, sempre se preocupando e aconselhando no que eu iria precisar para estudar para a OAB, concursos e elaboração de TCC. Foi muito importante. Obrigada por acreditar na minha capacidade e me estimular a ir além, junto a você amor.

Agradeço, ainda, aos meus familiares que me deram todo o apoio necessário, sendo partes importantes no meu feito, em especial aos meus avós paternos: avô (Manoel de Souza Milhomem), avó (Sebastiana de Souza Milhomem) e aos avós maternos: avô (Valdemar Bianco Fortunato), avó (Vanda Lúcia F. S. Fortunato), meus tios e tias, a tia Lucimeire S. F. Fernandes e a madrinha Alessandra S. F. Rodrigues que são minhas amigas em que confiar e contar em todos os momentos. Não posso esquecer a importância da amizade com uma pessoa que sempre ficou do meu lado, me ajudando no que fosse necessário, às vezes – até travando melhorias em meu favor - meu amigo Eurivan Rodrigues Aguiar.

Agradeço, também carinhosamente à minha irmã (Layne Fortunato Milhomem) pelos sorrisos, risos e choros diários, me proporcionando dias mais alegres e leves, especialmente nos momentos de nervosismo, em que sempre me aconselhou a seguir o caminho da fé e da esperança, me motivando na busca dos meus objetivos.

A turma de direito no qual ingressei e fiz amigos (2012/1), me acolhendo tão bem distante de casa e com o que terei o prazer de compartilhar a felicidade de juntos, nos tornarmos Bacharéis em Direito pela FIBRA/GO.

Por fim, agradeço ao secretário do núcleo de trabalho de conclusão de curso – Alex Fabiano Xavier Júnior - pela paciência e ajuda nos momentos difíceis, e a todos os brilhantes professores da FIBRA com os quais tive a oportunidade de aprender a ciência jurídica, especialmente ao Professor Heleno José dos Santos Júnior, orientador deste Trabalho de Conclusão de Curso, por sua tranquilidade e objetividade nas orientações e pelo talento intelectual demonstrado em suas aulas, através de sua boa didática e sabedoria.

Um sincero obrigado a todos!

DOS EFEITOS DA CONCEPÇÃO *POST MORTEM*: UMA ANÁLISE JURÍDICA AO DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÃO. MILHOMEM¹. Layanne Fortunato; JÚNIOR², Heleno José dos Santos. (1acadêmico (a) do curso de Direito, 2prof. Esp. Orientador do curso de Direito). 47 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade do Instituto Brasil de Ciência e Tecnologia - FIBRA, Anápolis, 2016.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como finalidade demonstrar a possibilidade do filho concebido após a morte do pai, ser titular de direitos a filiação e sucessão de seu finado genitor, principalmente como sucessor legítimo na qualidade de herdeiro necessário. A técnica artificialmente assistida mostra-se algo inovador perante a legislação vigente, matéria que não existe legislação que a regulamente. Diante do assunto é utilizada a resolução medica nº 2.121/2015 que ampara a legalidade da concepção post mortem por meio de técnicas praticadas em segurança e eficácia ao tratamento. Através dos princípios constitucionais e no Direito de Família, será demonstrada a aplicabilidade destes em favor a vontade do casal, necessários para formar a família e garantir a igualdade dos filhos não havendo discriminação quanto a sua origem, apontando benefícios sucessórios deixado pelo falecido pai. A doutrina e a jurisprudência estabelecem a possibilidade a todos os direitos exigidos na qualidade de filho, demonstrando um grande passo jurídico nesse processo de aceitação da matéria. A análise no procedimento póstumo e as garantias do concepturo será o foco principal desta monografia, buscando não exaurir o tema, mas comprovar a necessidade de regulamentação das técnicas artificiais póstumas e a igualdade de direitos do filho gerado diferentemente.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução artificial póstuma, Direito de família, Direito das sucessões, Princípios constitucionais.

THE EFFECTS OF CONCEPTION POSTMORTEM: A LEGAL ANALYSIS OF THE RIGHT OF FILIATION AND SUCCESSION. MILHOMEM¹. Layanne Fortunato; JÚNIOR², Heleno José dos Santos. (1acadêmico (a) do curso de Direito, 2prof. Esp. Orientador do curso de Direito). 47 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade do Instituto Brasil de Ciência e Tecnologia - FIBRA, Anápolis, 2016.

ABSTRACT.

This monographic work aims to demonstrate the possibility of the child conceived after the father's death, hold membership rights, food and inheritance of their deceased parent, especially to be successor as heir needed. The artificially assisted technique is shown something new before the current legislation making even abstract matter in the legal world, and there is no legislation to regulate. Before the issue is used a resolution medica No 2121/2015 that supports the post-mortem conception of legality through techniques practiced safely and effectively to medical treatments. Through the constitutional principles and in Family Law, the applicability of these in favor of the couple's will, necessary to form the family and guarantee the equality of the children will be demonstrated, without discrimination as to their origin, pointing to succession benefits left by the deceased father. The doctrine and the jurisprudence establish the possibility to all the rights demanded as son, demonstrating a great legal step in this process of acceptance of the matter. The analysis in the posthumous procedure and the guarantees of concepturo will be the main focus of this monograph, trying not to exhaust the theme, but to prove the need for regulation of artificial posthumous techniques and the equality of rights of the child generated differently.

KEYWORD: Artificial reproduction posthumous, Family right, Law of succession, Constitutional principles.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1. - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A CONCEPÇÃO ARTIFICIAL POSTMORTEM..... | 13 |
| 1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana..... | 13 |
| 1.2. Princípio da igualdade entre filhos..... | 16 |
| 1.3. Princípio da legalidade..... | 17 |
| 2. DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL..... | 19 |
| 2.1. Reprodução Artificial: espécies e técnicas procedimentais..... | 19 |
| 2.2. Normas vigentes..... | 22 |
| 2.3. As repercussões do Direito de Família na reprodução humana assistida <i>post mortem</i> | 26 |
| 3. OS REFLEXOS SUCESSÓRIOS DO SER CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i>..... | 29 |
| 3.1. Espécies de herdeiros: legítimo e testamentário e a capacidade diante ao Código Civil..... | 29 |
| 3.2. A sucessão do concebido <i>post mortem</i> : Código Civil x Constituição Federal..... | 31 |
| 3.3. Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais..... | 33 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 40 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 43 |
| ANEXOS..... | 47 |

INTRODUÇÃO

O Direito deve ser analisado como uma forma de instrumentalização das matérias envolvidas que regulam a vida das pessoas em sociedade. Com inúmeras inovações no escopo científico e conseqüentemente social, a lei tem sua variação no decorrer do tempo. Entretanto, ainda surge uma nítida carência de certos assuntos polêmicos, existentes entre as pessoas, que precisa de imediato amparo jurídico.

É notório que a técnica artificialmente assistida mostra-se algo inovador perante a legislação vigente, observando que há certa pacificidade quanto a presunção de paternidade advinda pela técnica de reprodução assistida homóloga (espécie utilizada artificialmente para formação de embrião por meio dos gametas do casal), mesmo que o seu genitor esteja na condição de falecido.

Nesse contexto, no Brasil, ao mesmo tempo em que não há legislação jurídica que expressamente vede o emprego da reprodução artificial póstuma, por outro lado, também não há nenhuma legislação que a regule. Diante do assunto é utilizada Resoluções do Conselho Federal de Medicina que adota as principais normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, proporcionando segurança e eficácia aos tratamentos e procedimentos médicos.

Insta salientar, que a referida resolução vem com alterações significativas no campo de aceitação por parte do ser concebido em procedimento artificial *post mortem*, considerando critérios éticos, soluções de problemas de reprodução e sempre com anuência expressa pelos pacientes que se comprometeram a realização desse meio médico para reprodução.

O conflito basilar, no entanto, está em referência a direitos da filiação e sucessão do filho em concepção póstuma ao seu genitor. As normas legais não regulamentam a matéria, abrindo um leque de discussão acerca do tema. Na doutrina, as divergências surgem, pois admite o reconhecimento da presunção de paternidade e suas garantias advindas desse núcleo de aceitação por método de reprodução artificial, contudo, para determinados doutrinadores, dessem ensejo não somente aos direitos anteriormente citados, bem como a sucessão legítima, com base nos princípios constitucionais existentes e os direitos de filiação já constatados.

Dessa forma, a análise no procedimento póstumo e as garantias do concepturo será o foco principal desta monografia, buscando não exaurir o tema,

mas comprovar a necessidade de regulamentação das técnicas artificiais póstumas e a igualdade de direitos do filho gerado diferentemente.

Inicialmente será feita uma abordagem ao tema através dos princípios constitucionais e seus efeitos jurídicos na aplicabilidade da formação familiar, oriunda da concepção do filho em vontade póstuma de um dos cônjuges, atribuirão possibilidade e garantias, mesmo antes do nascimento. Diante a comprovação da possibilidade *post mortem*, mesmo que falte regulamentação na esfera jurídica no uso de técnicas de reprodução assistida, serão garantidos os direitos de filiação e sucessão concernentes as crianças em uma formação familiar, uma vez que é assegurado nos moldes dos fundamentos constitucionais, dentre eles os princípios da igualdade e do melhor interesse à criança, a dignidade humana, o planejamento familiar e paternidade responsável, a legalidade. Logo, cabe a ciência jurídica apresentar os demais complementos e normatização dos seus efeitos.

No campo da medicina, será apresentada a reprodução artificial assistida, suas espécies e técnicas básicas, de modo que seja entendido um pouco mais desse procedimento e sua importância para os indivíduos que a realizam no tocante de formação familiar. No mais, analisar possíveis normas já existentes que abre espaço para este método e o posicionamento quanto ao concebido mostrando a sua repercussão no Direito de Família por meio da reprodução humana assistida *post mortem*.

Após toda a análise principiológica, familiar e médica importa dizer que os possíveis reflexos do ser concebido post mortem na matéria de sucessões tem como maior problemática a eficácia deste filho na qualidade de herdeiro legítimo e testamentário, isso porque exclui o concepturo como pessoa legítima a suceder, contemplando apenas as pessoas vivas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Na mesma legislação, considera a possibilidade aos filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, somente sucedendo através de testamento, podendo requerer sua quota parte com o nascimento em vida por meio de petição de herança conforme a referida legislação civilista, mesmo depois de realizada a partilha entre os outros herdeiros. Dessa forma, o direito sucessório será discutido em tópicos, com as espécies de herdeiros considerados pelo Código Civil, como deve ser a sucessão na visão constitucional em contrario a matéria civilista e as possíveis controvérsias a favor e contra presentes na doutrina e jurisprudência.

Definindo o entendimento sobre a concepção *post mortem* e buscando os plausíveis direitos existentes nas normas legais, será vislumbrado o método de compilação bibliográfica, sob a análise a partir do entendimento da Constituição Federal, leis, resolução da área médica, jurisprudências, artigos científicos e autores consagrados, como Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano, Silvio de Salvo Venosa, entre outros. O “Novo” Código Civil (Lei nº 10.406/2002) não se apresenta tão novo assim em alguns aspectos, uma vez que se constata uma incapacidade legislativa em acompanhar a contínua evolução científica presente em nosso cotidiano.

Por fim, nota-se a atualidade quanto aos efeitos jurídicos da concepção *post mortem*, porquanto sendo proposta a aplicação dos direitos do ser concebido por método artificial, buscando-se o reconhecimento no âmbito jurídico de família e sucessões, em consequência a presunção de paternidade constatada, a luz das normas constitucionais.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS A CONCEPÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

1.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Atualmente há várias descobertas científicas que acontecem com mais rapidez do que o direito consegue se atualizar existindo algumas lacunas que necessitam ser preenchidas pela doutrina. Neste primeiro capítulo serão discutidos os princípios constitucionais aplicados mediante a reprodução artificial, realizada após a morte do cônjuge.

Segundo Diniz (2014), a entidade familiar, nos dias de hoje, esta se renovando quanto ao seu desenvolvimento e formação basilar de seus componentes. É previsto pelo ordenamento jurídico a origem de família não só advinda de pessoas unidas pelo matrimônio e seus filhos, como também existe a composição pelos pais que vivem em união estável, o companheirismo dentre o surgimento de casais homo afetivos, a adotiva sendo estabelecida pela adoção de filhos e a comunidade monoparental, ambas vinculadas ao entendimento de família natural.

Frise-se, que tais alterações no decorrer da humanidade têm elevado ao patamar primordial o poder familiar, sendo este mais igualitário entre os envolvidos, priorizando os direitos da criança e do adolescente e não sua forma de concepção, abrindo espaço para formação familiar oriunda da reprodução humana assistida de caráter homologa e algumas exceções da espécie heteróloga, cuja principal intenção e romper limitações da natalidade.

Com isso, observe-se que o atual Código Civil de 2002 passou por um processo de constitucionalização, adentrando alguns valores novos que veio de princípios basilares da Constituição Federal de 1988. Estes princípios marcaram o novo posicionamento do Direito de Família em seus artigos, mudando a visão, quanto ao objeto das garantias dos direitos dos seus entes componentes, que junto com a força do planejamento familiar, tem guarida a ascensão familiar por meios científicos trazidos pela Medicina, mesmo a necessidade de aplicação *post mortem*.

O primeiro princípio a ser entendido é o da Dignidade Humana, que possui grande relevância no Direito de Família, em especial, amplamente utilizado para

respaldo de interpretações de normas aferidas nas relações familiares. Sem prejuízo, portanto, podemos dizer que todo o início as garantias dos entes em família advêm do surgimento deste princípio, pelo qual, foi inserido através das normas constitucionais em tratado com países signatários, com fulcro ao texto do Pacto São José da Costa Rica¹.

Nesta linha de raciocínio, para Stolze e Pamplona Filho (2014), este princípio solar em nosso ordenamento jurídico tem por missão em garantir a busca dos valores fundamentais em respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas patrimoniais e afetivas, indispensáveis a realização pessoal em sequência a sua conquista de felicidade. Demonstra-se, mais do que a busca da simples sobrevivência, a segurança efetiva do direito à vida plena, sem quaisquer intervenções estatais ou particulares, aglutinado ao outro princípio importante, qual seja, o princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família.

Reforça-se o pensamento de que o ser humano é uma pessoa que necessita diariamente procurar novas possibilidades que possam contribuir na sua felicidade e realização pessoal. A ideia de formação do núcleo familiar, pautada nas inovações da medicina, com o nascimento de um novo ser como ente familiar geneticamente em procedimento artificial, estará de acordo com a Dignidade Humana a vontade dos cônjuges devidamente comprovada, não importando em vida destes ou em procedimento *post mortem*. Neste caso, a sociedade e o Estado devem agir com respeito em face da possibilidade expressa em texto constitucional, pois implicará em reduzir esta capacidade do ser humano, como ser digno em comunidade.

A dignidade da pessoa humana, juntamente com as demais normas jurídicas, legitima o ordenamento jurídico lhe dando o suporte axiológico necessário para que haja harmonização e conhecimento na aplicação da matéria. É sabido que o direito fundamental da dignidade é assegurado a todos desde a concepção até a morte, por estar presente em todas as situações agregadas do ser humano, seja em face física, espiritual, política ou social.

¹ Decreto nº 678, do dia 06 de novembro de 1992 – **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica. Direito à Honra e Dignidade**. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

É observada, que através do entendimento principiológico da dignidade humana, existe a necessidade do ser humano na busca de um melhor planejamento familiar, adequado a sua forma de vida, resguardando a liberdade indispensável a sua realização como pessoa sem intervenções, como é retratado por Gama (*apud* LEAL, 2011, p.7):

O planejamento familiar já faz parte do Direito Brasileiro e assegura a liberdade de decisão do casal, desde que obedecidos os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e atribui ao Estado o dever de fornecer recursos tanto científicos como educacionais.

Como citado anteriormente, o planejamento familiar advém das escolhas do casal acerca da possibilidade de terem filhos, quanto ao método utilizado, melhor interesse ao menor e obedecendo aos demais princípios, buscando-se o que for necessário em seu projeto de parentabilidade.

No mesmo sentido, é arguida a ideia de Albuquerque Filho (*apud* CABRAL; ALVES, p. 24): “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte.”

O planejamento familiar é importante no ideal do ser humano, vez que a norma constitucional abre leque ao casal dando oportunidade ao homem ou à mulher, exercitá-lo sem qualquer restrição, inclusive no momento da realização da inseminação artificial pela parceira sobrevivente após o óbito do depositário ao material genético. Dessa forma, não pode ser negada à mulher a possibilidade de ter um projeto parental sozinha, desde que, garantido o melhor recurso para a existência da criança através da probabilidade do projeto ter iniciado quando o pai ainda era vivo.

Desse modo, sabendo-se que as entidades familiares são tuteladas como instrumentos de realização da pessoa humana, apresentando a sua idealização um projeto parental pelo casal em vida, mesmo realizado o depósito do material genético no banco de sêmen, existindo a vontade da parceira em prosseguir com o tratamento, não subsiste motivo para frustrar o seu direito ao livre planejamento familiar.

Assim, é relevante que seja compreendido o seu conteúdo, no que tange ao assunto da concepção *post mortem*, ora posto em evidência, pois trata de direitos existentes de um ser humano, considerando que os embriões geneticamente produzidos em laboratório têm a mesma natureza das pessoas já nascidas, e que

qualquer atitude em contrário a um ser humano, mesmo em nascituro, contraria a Constituição vigente.

1.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A igualdade está nitidamente inserida nas normas constitucionais e infraconstitucionais. Seu valor consagrado vem inicialmente em texto constitucional, com fulcro no art. 3º, inciso IV, demonstrado um objetivo fundamental da República, e no art. 5º, caput, comprovando a existência do direito fundamental entre as pessoas em sociedade.

Sem prejuízo, portanto, é garantida a igualdade entre todos os seres humanos em solo brasileiro, sendo um objetivo do Estado de promover e assegurar esse direito. Neste liame, destaca - se a igualdade entre pais e filhos, que ao longo do tempo sofreu uma evolução histórica e social, conjuntamente com o intuito de formação familiar.

Na atual Constituição do Brasil, as pessoas envolvidas em uma relação familiar têm as mesmas igualdades perante o ordenamento jurídico, sendo as decisões tomadas por ambos os conviventes. Por essa razão, pessoas que utilizam métodos de reprodução assistida post mortem, como a viúva ou a mulher em relação homoafetiva, possuem os mesmos direitos de concepção dos filhos que advindo de uma relação matrimonial ou união estável, limitando somente ao prévio consentimento do falecido. Art. 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Este princípio não admite - se distinção entre filhos, sendo eles legítimos, naturais ou adotivos. Estabelece absoluta igualdade entre todos, adquirindo os mesmos critérios de relação ao nome, poder familiar em seu círculo de convivência, alimentos e sucessão garantidos e o reconhecimento destes havidos fora do casamento, vedando qualquer referência de filiação ilegítima ou meio discriminatório. Para Fabre (*apud* REZZIERI, 2015, p.74, grifo nosso):

A partir do momento em que nasce uma criança fruto de inseminação artificial feita com o material biológico de seu pai falecido, nasce um direito.

Assim como nasce esse mesmo direito quando nasce qualquer outra criança, concebida a partir de qualquer outro meio de reprodução. Isso porque, conforme o caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, 'todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza'.

Através desse princípio, o menor estará protegido de qualquer eventual conflituoso que ponha risco aos seus direitos garantidos, mesmo antes do seu nascimento, permitindo integral desenvolvimento físico, psicológico e social. É evidente que a criança tem seus direitos resguardados a partir do momento que seus pais lhe garantiram meios, necessário para seu desenvolvimento, e que o método de concepção *post mortem* não altera esse posicionamento, afinal o menor não deve suportar prejuízos, sendo provido de certos recursos financeiros, em razão de ausência de regulamentação em lei.

Assim, ao analisar o princípio da igualdade, no contexto da reprodução assistida *post mortem*, é demonstrado o grau de valoração do filho por este método, pois se todos são iguais perante a lei, não pode este ser excluído da sucessão do pai, o filho oriundo de um procedimento diversificado, gerando meio discriminatório.

1.3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade está amplamente descrito no artigo Art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1998), entende-se que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Este fundamento representa a força normativa da legislação vigente, submetendo as pessoas a uma organização política, moral e social. Extrai - se, neste sentido, que a lei criará direitos e deveres, ficando os indivíduos incumbidos a analisar as normas no decorrer de suas atividades.

Como aponta o professor Pedro Lenza (2006), no âmbito das relações particulares, podem-se fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando outro princípio, da autonomia de vontade. O particular tem autonomia para tomar as suas decisões da melhor forma possível, ficando apenas restrito às proibições expressamente em lei.

Neste sentido, o método de reprodução artificial *post mortem* é corroborado pela doutrina quanto a sua aplicação de maneira efetiva, em conformidade com o ordenamento jurídico, vez que não sendo em sua integralidade composta pelo

Direito, mas amplamente expressa em resoluções médicas, em destaque a Resolução nº 2.121 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015):

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM: É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

O reconhecimento da reprodução assistida como um meio de aperfeiçoamento das práticas e tratamentos médicos, solucionando problemas de reprodução humana, agregando o uso desse método inovador, ao mesmo tempo não contrariando a lei e gerando a conquista dos demais princípios citados anteriormente.

Neste sentido, é cada vez mais evidente que o avanço das técnicas decorrentes da área da medicina alcance a efetividade de ideologias de casais com problemas de fertilidade e em vontade póstuma a realizarem o sonho de terem seus filhos e ao mesmo tempo em que esta tenha seus direitos garantidos.

Assim, o ordenamento jurídico não conseguiu acompanhar o progresso dessa possibilidade científica, surgindo certas lacunas no campo do filho concebido *post mortem*. Diante deste problema, resta aos juristas a busca de respostas por meio dos princípios constitucionais, isso porque o ser concebido por tal método não pode ser vítima da falta de amparo legal perdendo seus direitos, pois tal sacrifício violaria frontalmente princípios constitucionais de relevante importância, como a Igualdade entre os Filhos, que também não admite exceção, e da Dignidade da Pessoa Humana.

2. DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL

2.1. REPRODUÇÃO ARTIFICIAL: ESPÉCIES E TÉCNICAS PROCEDIMENTAIS.

A sociedade ao longo do tempo vem passando por vários avanços científicos no campo da reprodução humana assistida, em observância aos princípios éticos e bioéticos² quanto ao tratamento, representando uma verdadeira revolução. Dessa forma, atualmente vários casais com problemas biológicos, por infertilidade de um ou mesmo de ambos os parceiros, ou psicológicos que acabam por desmotivar o seu projeto familiar, ou seja, ter filhos, busca auxílio de clínicas especializadas neste meio de reprodução.

A reprodução humana assistida é classificada de acordo com a origem dos gametas, podendo ser homóloga ou heteróloga, em um processo no qual se utiliza técnicas da medicina para facilitar a união do material genético do homem com o da mulher, possibilitando a fecundação e posteriormente a reprodução humana dos casais, antes considerados inférteis.

Nesse sentido, o método artificial possui duas espécies, classificadas pelo material utilizado em procedimento médico. A reprodução será considerada homóloga quando for utilizado para o procedimento gametas advindo do próprio pai e da mãe, diferentemente da reprodução artificial heteróloga que faz uso da doação de gametas de um ou de ambos, os terceiros. Conforme Rezzieri (2015, p.21 grifo nosso):

Será *homóloga* a fertilização que ocorrer com a presença de gametas oriundos do próprio casal que irá conceber a(s) criança(s). Em contrapartida, *heteróloga* será quando na fertilização se utilizar do espermatozóide ou óvulo, ou ambos, provenientes de terceiros, que doam seus gametas a um banco de sêmen.

Em relação às técnicas modernas, destinadas a fertilização, são utilizadas para facilitar o encontro de gametas, masculino e feminino, possibilitando a reprodução humana. Nesse liame, as técnicas são divididas em dois grupos, o

²O estudo sistemático da conduta humana nas ciências da vida e da saúde, examinada a partir de valores e princípios morais. A bioética como parte da ética, é o ramo da filosofia e se volta para as questões que envolvem a pesquisa, a experimentação, o uso da ciência, técnicas ou tecnologias que interferem na vida ou na saúde humana, diretamente. (Ver: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Conexões entre direitos de personalidade e bioética**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149).

processo de fertilização *in vivo*, e diferentemente da anterior, o *in vitro*. A primeira explica uma reprodução artificial que introduz os gametas por inseminação no próprio útero da mulher se aproximando da reprodução biológica humana, em contrariedade da segunda, em que a fecundação é totalmente artificial, efetivada exteriormente em clínica especializada, em consonância com Rezzieri (2015 p. 20-23-24, grifo nosso):

A Fertilização *in vivo ou intracorpórea*, a fecundação ocorre *in vivo*, isto é, no próprio útero da mulher, de menor complexidade, a exemplos da inseminação artificial (...) que introduz o depósito de sêmen no aparelho genital feminino por meio de métodos mecânicos, prescindido, o ato sexual e da transferência de gametas (...) que tem se a preparação do esperma e estimulação da ovulação em seu início, misturados em um cateter e imediatamente transferidos juntos no interior das trompas da mulher. A segunda denominada fertilização *in vitro ou extracorpórea*, a fecundação se efetiva em laboratório, fora do corpo da mulher, onde neste ocorre uma representação do ambiente das tubas uterinas em uma placa de cultura ou tubo de ensaio para, depois, os embriões serem transferidos ao útero materno.

Observe-se, que as técnicas assistidas, anteriormente citadas, são as mais utilizadas nos laboratórios. Dessa forma, há existência de outras mais complexas, como é o caso do diagnóstico genético pré-implantatário³ (consiste na coleta e análise da qualidade dos embriões que serão implantados); a doação temporária do útero quando existe um problema médico, não indicando a gestação biológica da mãe, bem como nos casos de união homoafetiva sendo empregado ao uso clínico da gestação de substituição⁴, cujo em termos populares é denominada como “barriga de aluguel” de certos parentescos da família do casal.

No campo da reprodução artificial *post mortem* é agregado um processo, também complementar as técnicas basilares anteriormente citadas, neste caso o da criopreservação de material biológico reprodutivo e de embriões. Neste caso, esta reprodução possui um procedimento diferente das demais, utilizando-se material

³ Consiste em um exame genético realizado antes da implantação dos embriões que por diversos motivos, precisam certificar-se da qualidade dos embriões que serão implantados no útero materno. Pode ser realizado apenas após ciclo de reprodução assistida *in vitro*. Com o PGD, algumas células são removidas do embrião através de técnicas micro cirúrgicas para a análise cromossômica ou gênica. (ver: Huntington Medicina Reprodutiva. **Técnicas Complementares: Diagnóstico Genético Pré-implantacional/PGD**. Disponível em: <<http://www.huntington.com.br/tratamentos/tecnicas-complementares/diagnostico-genetico-pre-implantacional-pgd/>>. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

⁴BRASIL. Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.121, de 24 de setembro de 2015. Disponível: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso: 27 de agosto de 2016.

genético do cônjuge falecido pelo parceiro sobrevivente, aderindo à técnica *in vivo*, por meio da inseminação artificial, como expressa Rezzieri(2015 p. 27):

A inseminação artificial homóloga post mortem ou póstuma é aquela efetuada pelo cônjuge ou companheiro (a) sobrevivente após o falecimento do (a) depositário (a) do material genético. Essa situação ocorre principalmente quando este (a) é acometido de alguma doença grave, como por exemplo, uma neoplasia, e por ter de se submeter a fortes tratamentos médicos que podem comprometer a sua esterilidade ou fertilidade, tem o seu esperma criopreservado, no caso de um homem, ou o seu óvulo, na hipótese de uma mulher.

Importar ressaltar que a técnica *in vitro* é muito utilizada também em conjunto com as técnicas complementares de criopreservação, após a morte de um dos pais, conservando em temperaturas baixas os gametas masculinos nos casos de quantidade limitada ou em mediante alguma doença de risco a reprodução. Para Huntington (MEDICINA REPRODUTIVA, 2016):

Nos casos de pacientes com câncer, é altamente recomendado que o esperma seja coletado antes do início da terapia de câncer (quimioterapia ou radioterapia), pois a integridade da qualidade da amostra e do DNA espermático pode se comprometer mesmo depois da primeira sessão. Esse processo de tratamento oncológico – quimioterapia ou radioterapia – pode ainda levar à diminuição e ou até a extinção definitiva da produção espermática. Diante desse quadro, o uso da FIV/ ICSI (injeção espermática citoplasmática) possibilita o sucesso, mesmo após o descongelamento e com uma quantidade limitada de espermatozoides.

É importante mencionar quanto ao uso do material de origem dos gametas, utilizando um ou ambos, homólogos ou heterólogos, desde que seja comprovado o prévio consentimento do casal, por ser tratar de uma decisão que implicará na vida de um ser humano, inadmissível a revogação dessa manifestação de vontade após a fecundação.

O termo de “consentimento livre e esclarecido informado”, nomenclatura utilizada na Resolução nº 2.121/2015⁵ do Conselho Federal de Medicina, trata-se de um formulário especial, de natureza jurídica e ética, um contrato por escrito

⁵BRASIL. Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.121, de 24 de setembro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos – I - PRINCÍPIOS GERAIS: 4 - O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. Brasília: Diário Oficial da União, 24 de setembro de 2015. Seção I, p. 117. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

celebrado entre a clínica, o doador e o receptor do material genético, de modo que a anuência seja efetivamente comprovada.

Neste sentido, é indispensável à evidência de alguns requisitos básicos, exigidos pela própria resolução anterior que regulamenta todo o escopo da reprodução assistida, e que, através desses elementos será permitido o início dos tratamentos para procriação humana.

É por meio da resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina (2015), que serão discutidos os princípios gerais em conformidade com as normas éticas para a utilização das técnicas a serem utilizadas em laboratório especializado. O principal objetivo está na procriação e probabilidade de sucesso, sem riscos aos pacientes envolvidos. É demonstrada a importância do termo de livre e esclarecimento informado expresso, a proibição de fecundação de células humanas para outros fins, redução, seleção de sexo e quantidade adequada para serem reproduzidos. Depois são observados às qualificações do doador e receptor do material genético para possibilidade de execução do procedimento medicamente assistido, como: ser pessoa civilmente capaz e em gozo de suas faculdades mentais, extensão das técnicas aos relacionamentos homoafetivos, gestação compartilhada e pessoas solteiras respeitando a análise médica. E ao final, é aplicada a responsabilidade das clínicas, centros e serviços especializados.

Após a explanação dessa realidade fática cada vez mais difundida quanto à utilização da reprodução artificial, suas espécies e procedimentos básicos acessíveis a um grupo de pessoas que necessitam deste método, o planejamento de reprodução póstuma e requisitos essenciais, é necessário ver a reprodução assistida no enfoque da área jurídica, revelando a sua necessidade para os ditames legais. A seguir, serão apresentados o posicionamento das normas vigentes e as consequências jurídicas no que tange à seara do Direito de Família.

2.2. NORMAS VIGENTES

Salientando-se, o quanto é significativo a reprodução assistida para um determinado grupo de pessoas com necessidade de conseguir uma concepção humana, é importante demonstrar possíveis normas jurídicas que viabilizam essa a concepção artificial de natureza *post mortem* e o posicionamento em relação a este concebido por tal método.

Nota-se que o conflito existe em torno da falta de regulamentação para a reprodução assistida, em especial no consiste ao procedimento do filho que nasce após a morte do pai, sem ter na prática uma ampla garantia comum aos demais concebidos biologicamente e que deve ser manifestado o entendimento jurídico como um todo através desse tema polêmico.

Na mesma linha de raciocínio, é importante consolidar a primazia constitucional que certifica o direito a reprodução por qualquer procedimento e a igualdade de pais e filhos que devem ser visto como direitos fundamentais, obedecidos pelo o Estado, em reflexo do princípio da liberdade com a igualdade unida ao do planejamento familiar, conforme artigos 226, §7º e 227,§6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

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

Art. 227, [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Nessa mesma perspectiva, é necessário retratar o assunto em norma infraconstitucional. Adverte-se que o Código Civil vigente não autoriza, nem regulamenta a reprodução assistida, e em especial no enfoque da concepção *post mortem*, apenas constata em meio a lacunas uma possível solução no aspecto da paternidade, conseqüentemente a relação familiar.

Neste sentido, é amparada por meio da lei, a igualdade entre os filhos havidos ou não por nascimento da relação sexualmente comum, através do casamento tradicional ou por fertilização em laboratórios especializados, destacando-se a proibição de qualquer forma discriminatória e negatória de direitos obtidos pela filiação constatada. Conforme explica Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 622):

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. O reconhecimento da igualdade dos filhos, independentemente da forma como concebidos, culmina por se desdobrar na importante noção de veracidade de filiação, regra Principiológica fundamental.

Mediante a esse grande avanço civilista, traduzido na paridade entre filhos, surge em razão desse posicionamento legislativo o reconhecimento da presunção

de paternidade, no artigo 1.597, do referido Código, aos descendentes inseminados clinicamente, havidos na constância do casamento pela concepção artificial homóloga (somente homóloga nos casos de técnica post mortem) e heteróloga possível a realização com os cônjuges em vida, com sua expressa anuência. Vejamos artigo 1.597 do Código Civil (BRASIL, 2002):

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

Note-se, que esses três últimos incisos são novidades na legislação civilista, que importa em um estudo profundo diante do Direito de Família. Dessa forma, é ponderoso que seja explicado cada um, dividido pela espécie no procedimento de reprodução assistida.

O primeiro método verificado nos dois incisos iniciais, realizada com material genético de ambos os cônjuges, em técnicas corpóreas e extracorpóreas de natureza póstuma, não afasta o direito da presunção de paternidade no seio familiar, estando mais próxima da condição de parentalidade-filiação⁶ decorrente da reprodução carnal, que se trata de uma situação consolidada pela doutrina majoritária civilista.

A concepção heteróloga elencada no último inciso, gera controvérsias acerca do seu texto expresso, principalmente porque não retrata a possibilidade da reprodução após a morte do genitor. Conforme a posição de Gonçalves (2014), o enfoque se encontra na expressa autorização do marido para a utilização de sêmen de doador estranho, o que não impede possibilidade de procriação assistida após a morte do marido, pois em vida, este teria a vontade de obter um filho através desses mecanismos.

Em consonância a este mesmo entendimento, que no procedimento heterólogo autorizado pelo cônjuge ou companheiro em vida, existe expressa vontade deste em ter um filho, mesmo que não haja laços sanguíneos entre pais e filho se caracteriza a paternidade socioafetiva já estabelecida. De acordo com Queiroz (*apud* SALVO VENOSA, 2014, p. 248, grifo nosso):

⁶RIGO, Gabriela Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. 2007. 103 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 25

Assim como na adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como um fenômeno biológico e científico, [...]. Varias legislações já nos dão exemplos disso ao admitir as consequências da paternidade à inseminação artificial com sêmen de terceiro, admitida pelo casal. Na inseminação heteróloga, autorizada pelo marido ou companheiro, a paternidade socioafetiva já estaria estabelecida no momento em que o pai concorda expressamente com a fertilização.

É sabido que, o direito constitucional e o direito civil não regulam com as fases procedimentais da reprodução *post mortem*, apenas tem uma abertura para a aceitação e solução de algumas consequências em decorrência deste ato. Dessa forma, surgem como solução desta problemática as resoluções do Conselho Federal de Medicina que, descrevem o processo e procedimento utilizado na reprodução assistida após a morte do cônjuge em conformidade com os princípios éticos e bioéticos. Nota-se que mesmo não possuindo força de norma jurídica, é aceita no universo jurídico e da medicina como regulamentação de matérias não legisladas, Conforme resolução nº 2.121/15 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015):

RESOLUÇÃO nº 2.121/15: Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros. [...] VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM: é permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Na esteira desse entendimento, correlacionando a resolução acima e a defesa das normas éticas no campo da medicina, sobretudo sendo importante para a realização das técnicas dentro da reprodução artificial, não pode ignorado a disposição sobre a Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento Íntegros. O indivíduo ou estabelecimento médico que infringir contra texto constitucional e a resolução 9.434/97 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997), cometerão crime:

CAPÍTULO III - DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO Art. 9º, [...] §7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecidos para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde ou ao feto. § 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais. [...] CAPÍTULO V - DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS SEÇÃO I - Dos Crimes: Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humanos: Pena- reclusão de três a oito anos, e multa, de

200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação. [...] SEÇÃO II - Das Sanções Administrativas: Art. 21. No caso dos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16 e 17, o estabelecimento de saúde e as equipes médico-cirúrgico envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes. Art. 22. As instituições que deixarem de manter em arquivo relatórios dos transplantes realizados, conforme o disposto no art. 3º, § 1º, ou que não enviarem os relatórios mencionados no art. 3º, § 2º, ao órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde, está sujeitas a multa, de 100 a 200 dias-multa.

Por fim, na perspectiva das normas brasileiras vigentes, em se tratando de inseminação *póstuma*, existe uma ampla percepção mediante do que está expresso nos textos legais existentes, mencionadas neste tópico, bem como a existência de lacunas de dispositivos que regulamentam a matéria, necessários para comprovar por completo os direitos e deveres do filho originados por concepção artificial *post mortem*.

2.3. AS REPERCUSSÕES DO DIREITO DE FAMÍLIA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

O Código Civil de 2002, no livro de Direito de Família, adaptado as questões éticas, evoluções sociais e, concomitantemente aos bons costumes, traz consigo as modificações legislativas indispensáveis nas relações pessoais, patrimoniais e assistenciais de uma família em sociedade.

Neste sentido, conforme posicionamento da doutrina que estabelece formações familiares mais desenvolvidas (além da união familiar por pai, mãe e filhos), traz consigo a necessidade de esclarecimento jurídico por meio de reproduções feitas em laboratórios em decorrência do falecimento de um dos cônjuges e suas consequências na perspectiva da filiação que uma vez comprovada irá gerar o vínculo entre pais e filhos. Para Gonçalves (2014, p.320):

A filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade e maternidade.

Hoje, através desse contexto e da realidade fática da vontade do pai falecido, por expressa anuência anterior de ter um descendente, traduz na certeza de garantia a filiação presumida por reconhecimento voluntário elencado no art. 1597, incisos III, IV e V, citado nos tópicos anteriores.

Em sequência, encontra-se expresso o art. 1.603, do Código Civil que retrata: “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”

Por reconhecimento judicial, será quando o menor não conseguir usufruir seus direitos no âmbito familiar, por meio de ações de natureza declaratória e imprescritível. Trata-se de um direito personalíssimo e indisponível pelos filhos, sem qualquer restrição das leis e do Estado, conforme artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

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.

Por fim, comprovado o direito à filiação *post mortem* na matéria civilista, é contudente que seja demonstrado à proteção para as prestações de alimentos (Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968) posteriores, fornecidas pelos familiares ascendentes do falecido, vez que o falecimento do pai não impede a obtenção dos alimentos, pois estes são para a satisfação das necessidades vitais dessa criança que não pode arcar com as despesas básicas, em conformidade com os arts. 1.695 e 1.696 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. [...] Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Desta forma, é necessário que estejam presentes requisitos jurídicos que comprovem a razão do alimentando na sua reivindicação alimentícia, como: o vínculo de parentesco ou conjugal, necessidade do alimentando, preservando o princípio da dignidade da pessoa humana e o do melhor interesse a criança.

Assim sendo, partindo-se de que a vida tem seu início com a concepção, poderão ter os embriões havidos por meio de reprodução artificial *póstuma* homóloga e por expressa anuência do cônjuge em vida na heteróloga, os mesmos direitos das pessoas já nascidas, como a filiação e a garantia dos alimentos se for por necessidade vital da criança. E com a ausência de normas deverá o operador do direito examinar cada caso concreto e se utilizar de meios necessários para verificar

se há possibilidade no âmbito do direito das sucessões para a capacidade e a legitimação deste para suceder, conforme será exposto.

3. OS REFLEXOS SUCESSÓRIOS DO SER CONCEBIDO *POST MORTEM*

3.1. ESPÉCIES DE HERDEIROS: LEGÍTIMO E TESTAMENTÁRIO E A CAPACIDADE DIANTE AO CÓDIGO CIVIL

Primeiramente, faz-se necessário apresentar alguns termos iniciais de grande valor no direito sucessório. O termo sucessão pode ser definido como o ato de transmissão de patrimônio de uma pessoa para a outra, de modo que, recebendo esta titularidade de direito assumirá o lugar do outro em uma relação jurídica.

No Direito, o ato de suceder pode ser feito por duas formas diversas: por *inter vivos* (vontade das partes) ou por *causa mortis* (em decorrência da morte). Ressalta-se, o primeiro é definido como a realização sucessória de bens por meio da mudança entre seus titulares em vida, permanecendo o mesmo objeto acordado no negócio jurídico. Entretanto, no direito das sucessões tem por finalidade estrita, disciplinado a transmissão do patrimônio somente através da morte de uma pessoa. Em consonância com Gonçalves (2014 p. 19-20):

Numa compra ou venda, por exemplo, o comprador *sucede* ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam. De forma idêntica, ao cedente *sucede* o cessionário, o mesmo ocorre em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito. A ideia de sucessão, [...] não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se freqüente no direito das coisas, em que a tradição opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, [...] nas hipóteses mencionadas, ocorre à sucessão *inter vivos*. No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*.

Nesta mesma perspectiva, há um detalhe que não pode ser esquecido para que sejam válidos os direitos advindos da sucessão hereditária, em que somente com a morte do autor da herança e abertura da sucessão é que se efetiva o processo sucessório. Antes disso, é configurado como pacto sucessório, contrato que tem por objeto a herança de pessoa viva, proibido por lei em ordenamento civil.

Ressalta-se que existem dois tipos de sucessão: a legítima e a testamentária. A primeira é caracterizada pela falta ou ineficácia do testamento, transferindo o patrimônio e as responsabilidades civis, anteriores aos herdeiros, por força da vocação hereditária prevista em lei. Neste caso, o herdeiro necessário

sucedo a título universal a totalidade da mesma ou a quota parte que lhe é direito quando existir mais de um herdeiro. A segunda preconiza a decorrência da manifestação de última vontade do *de cuius*, prevista em testamento, processada a título singular quando o testador se dispõe a repassar seu legado para o legatário de forma específica e determinada de um bem e da parte disponível e universal para o herdeiro testamentário, possível quando a existência simultânea dos dois meios de transmitir os bens, em uma única sucessão apresentarem herdeiros legítimos e testamentários, em conformidade com Rodrigues (2007 p. 16-17):

Espécies de sucessão: legítima e testamentária – A sucessão dá-se por lei ou por última vontade (CC art. 1.786). Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento chama-se *sucessão testamentária*; quando se dá em virtude da lei, denomina-se *sucessão legítima*. [...] Diz-se que a sucessão se processa a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens do *de cuius*, ou em uma parte alíquota deles, [...] a sucessão se processa a título singular quando o testador se a transferir ao beneficiário um bem determinado, como, por exemplo, na cláusula testamentária que deixa a alguém um automóvel, determinado prédio, certas ações de companhia etc.

No tocante aos bens, deixado pelo *de cuius*, verifica-se a existência de uma característica importante, a indivisibilidade. O caráter indivisível permanecerá da abertura da sucessão (morte) até a finalização da partilha. É necessário que seja avaliado que somente com a morte declarada que pode dar direito a sucessão. De acordo com o artigo 1.791⁷ do Código Civil, a partir do momento em que é feita a partilha e a divisão dos quinhões hereditários, seja ele herdeiro legítimo ou testamentário, o caráter de indivisibilidade desaparece. Ainda, nesta mesma perspectiva, com base no princípio da *saisine*⁸, após a abertura da sucessão com a morte, o patrimônio é transmitido imediatamente para os herdeiros, ou seja, independentemente de qualquer requisito, pois posteriormente será proposta a aceitação ou renúncia da mesma.

Quanto à capacidade para suceder nos bens deixados pelo falecido, são determinados dois tipos de capacitação: a legítima necessária e a testamentária. A primeira assimila a ideia prevista em nosso ordenamento civil, de caráter sério

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, art. 1.791. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 de out. de 2016.

⁸Na herança, o sistema *saisine* é o direito que tem os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança. A palavra deriva de *saisir* (agarrar, prender, apoderar-se) [...]. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas S.A, 2014. p. 15.

quanto para a vocação, sendo necessário que o herdeiro esteja vivo ou na condição de concebido no momento da abertura da sucessão (morte do autor).

Ainda na sucessão legítima, será respeitado à ordem da vocação hereditária, o qual elenca quem serão os herdeiros chamados a suceder nesta modalidade de sucessão, observando que somente pessoas físicas têm esta capacidade para a legítima. Quanto à capacidade testamentária, considera-se que, para suceder e a eficácia das disposições testamentárias deverão estar de acordo com a legislação que estiver em vigor no momento da abertura da sucessão, além de, que os legitimados a suceder serão maiores, beneficiando-se todos aqueles que não foram contemplados na sucessão legítima. Conforme expressa Dias (apud LEAL 2011, p. 21-22):

Com relação à capacidade sucessória, para que haja a capacidade de herdar é necessário que seja preenchido o requisito da existência, que pressupõe que o herdeiro esteja vivo no momento da abertura da sucessão. [...] na sucessão legítima será o respeito à ordem da vocação hereditária que está disposta no artigo 1.829, do Código Civil, o qual elenca quem serão os herdeiros chamados a suceder nesta modalidade de sucessão. [...] Quanto à sucessão testamentária, o número de legitimados a suceder será maior. O artigo 1.799, CC, relaciona outros beneficiários que não foram favorecidos na sucessão legítima: os filhos ainda não concebidos (inciso I); as pessoas jurídicas (inciso II) desde que existam à época da abertura da sucessão; e a organização de fundação para que seja contemplada (inciso III).

Dessa forma, serão necessárias algumas considerações sobre a questão dos filhos ainda não concebidos, previsto no inciso I do artigo 1.799, em virtude da filiação por eventualidade posterior. Pois, até este momento, os filhos não concebidos somente poderão ser beneficiados por testamento. Nesse caso, a transmissão hereditária é condicional, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto.

Por último, analisando esta concepção posterior como uma exceção no direito sucessório, inclusive resultado da reprodução assistida post mortem, alguns pressupostos deverão ser preenchidos para que esta prole não venha a suceder somente em capacidade testamentária, bem como por consequência o direito a legítima da herança.

3.2. A SUCESSÃO DO CONCEBIDO *POST MORTEM*: CÓDIGO CIVIL x CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em primeiro momento, são indispensáveis que sejam apresentados os requisitos essenciais da sucessão feita em testamento em face do diploma civil. Como foi visto anteriormente, o concebido eventualmente por espécie homóloga e heteróloga, só poderá suceder por meio do testamento deixado em vida pelo autor dos bens sucessórios.

É notório para o âmbito civilista que a capacidade testamentária só será eficaz se obedecer a critérios essenciais como: a nomeação deste em testamento; não venha a ser concebido no momento da abertura da sucessão; no testamento deverá constar o nome do genitor com vida no momento da abertura sucessória, além da necessidade da concepção deste herdeiro no prazo de dois anos contados a partir da data da abertura da sucessão, sob pena dos bens serem transferidos aos legítimos, como esta expresso no artigo 1.800 do Código Civil (BRASIL, 2002, grifo do autor):

Art. 1.800. [...]§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775. [...]§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Nota-se, que para a sucessão testamentária o concebido *post mortem* teria reais garantias quanto à parte disponível ou legatária do autor da herança, desde que este tenha feito testamento de última vontade e sejam evidenciados alguns requisitos apontados. Entretanto como fica a qualidade de filho concebido postumamente, como herdeiro necessário, tendo por direito a herança legítima perante o direito das sucessões?

Essa pergunta é importante porque não somente o testamento é a melhor forma de resolução desse problema. Isso porque como existe previsão constitucional de igualdade, como direito fundamental, não se faz necessária a limitação imposta pelo o código civil em relação ao direito a sucessão.

No artigo 227, § 6º, Constituição Federal (BRASIL, 1988): “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Neste sentido, já reconhecida à igualdade entre filhos como garantia fundamental e exigida pelos direitos humanos, recepcionada pela legislação brasileira, não há o que se falar em contrário também no direito de família pela

matéria civil, assegurando e ratificando esse direito em virtude pelo próprio artigo 1.596, CC, possibilitando um próprio vínculo de filiação presumida decorrentes das reproduções assistidas post mortem, seja por procedimento homólogo.

Dessa forma, mesmo não sendo concedida a sua parte cabível na sucessão legítima, é evidente que com o nascimento da criança, mesmo após de encerrado o inventário e feita a partilha de bens, poderá esta pleitear a herança de seu genitor através de medida judicial utilizada por qualquer herdeiro preterido prevista no Código Civil: a petição de herança. Art. 1824 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

O herdeiro indevidamente excluído da sucessão tem o prazo de dez anos, a contar da abertura da sucessão, para intentar ação de petição de herança objetivando a parcela do acervo hereditário à qual faz jus. Mesmo que posteriormente exista o risco de que os herdeiros anteriores tenham usufruído parte do que foi deixado pelo de *cujus*, este ato seria um ultimo recurso de obtenção da quota parte que é devida ao concepturo. Conforme preconiza Luca (2010, p. 28):

[...] a petição de herança somente pode ser acolhida, se intentada dentro do prazo prescricional de 10 anos⁹, contados a partir do falecimento do autor da herança. Mas, como não ocorre prescrição contra incapazes, ou seja, os menores de 16 anos¹⁰, entende-se que a criança concebida através da inseminação artificial post mortem poderia se valer da petição de herança até 26 anos de idade.

Portanto, o concepturo homólogo deve ser considerado herdeiro legítimo necessário, pois houve desejo do genitor em ter um filho através do planejamento familiar realizado ainda em vida e que não deveria ser revogado pela sua morte, independentemente de prazos preestabelecidos como requisito da sucessão legítima, pois esta poderá recorrer posteriormente peticionando sua parte na herança.

3.3 CONTROVERSAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDÊNCIAIS

⁹BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. – **Código Civil**. Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 de agosto de 2016.

¹⁰BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. – **Código Civil**. “Art. 198. Também não corre a prescrição: I – Contra os incapazes de que trata o art. 3º [...]”

Conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil de 2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” Tem-se legitimidade para suceder tanto na sucessão legítima, quanto na testamentária, como preleciona o direito das sucessões quando caracterizado como herdeiro legitimamente necessário e testamentário na condição dos prazos previstos deste artigo.

É evidente que a sucessão testamentária abriu oportunidade para a sucessão póstuma, mas, ao mesmo tempo delimitou prazo mediante a essa garantia de dois anos. Entretanto, a capacidade legítima para suceder dos concebidos após a morte do “*de cujus*” tem se tornado um dos temas mais polêmicos da sucessão contemporânea, situação em que tem gerado discussões perante a doutrina e a prática em diversos tribunais.

Desse modo, para alguns doutrinadores não há como atribuir direitos sucessórios ao concebidos post mortem em virtude ao que está expresso na atual legislação brasileira que não acompanhou os avanços científicos da atualidade, assim não obtendo respaldo pelo direito sucessório não se enquadrando como ser nascido ou concebido no momento da abertura da sucessão como entende Gama (2007, p. 216-217):

O legislador, ao formular a regra contida no atual artigo 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado artigo 1.718 do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é necessária apenas a espera do nascimento para verificar-se se houve a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto.

Na mesma linha, há doutrinadores que entendem que a situação da criança concebida após a morte do pai é anômala, em todos os ramos do direito, principalmente no direito das sucessões porque entende que a criança não herdará do pai pelo fato de não estar concebida no momento da abertura da sucessão. Somente por previsão expressa na legislação a essa realidade, é que seria possível de cogitar os efeitos sucessórios o que não ocorre na legislação, como o posicionamento de Leite (2003, p.110)

Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação post mortem quando o marido defunto

expressou inequivocadamente a sua vontade, por ato notarial e sob condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte.

Entretanto, a outra parte da doutrina civilista imposta por autores que concedem essa oportunidade ao concebido eventual entendem que o direito sucessório esta limitando um direito que já deveria ser garantido ao mesmo, por esta prevista o principio da igualdade e a presunção de concepção no período do casamento aos filhos mesmo após o falecimento do seu genitor, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2014 p. 75-76):

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1597 do Código Civil e 227, §6º da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “concebidos” na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido” (inciso III). O segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação. Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homologa, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na Constancia do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios.

A respeito da capacidade de suceder a legítima ou a testamentária, que não importa a relação sanguínea entre pais e filhos, mas a vontade do primeiro em formar uma família ligada aos laços da adoção, na mesma esteira de pensamento aduz Sílvio de Salvo Venosa (2011), citado por Rezzieri (2015, p. 75)

Que se o descendente sempre é sucessor de seu ascendente no vínculo da adoção, o mesmo raciocínio se aplica às outras categorias de filiação. A Constituição Federal marcou ao igualar os direitos dos filhos, não se admitindo, a distinção de qualquer direito sucessório entre os descendentes. Prosseguindo o autor, as leis posteriores à Carta Maior tão somente regulamentaram os princípios já determinados nesta.

A igualdade entre a filiação expressa no código civil ampara todos os direitos aos filhos por concepção eventual, devendo, pois, ser estendido aos filhos reproduzidos artificialmente a todos os direitos deferidos aos filhos nascidos por meio de reprodução natural, pelo posicionamento de (LUCA, 2010, p. 31-32):

O princípio da igualdade entre os filhos, consagrado na Constituição Federal, não admite exceções, sendo que aquele concebido através de inseminação artificial post mortem é presumidamente filho do casal, e considerado concebido na constância do casamento, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Deste modo, devem ser garantidos a ele os mesmos direitos que possuem os outros filhos, inclusive o de ser considerado herdeiro legítimo do seu falecido pai. A legislação infraconstitucional não pode fazer exceções ou estabelecer diferenças quando a própria Constituição não o faz.

Em relação aos prazos estabelecidos pelo direito sucessório para a eficácia a garantia a sucessão testamentária do herdeiro eventual, cuja concepção deveria ser de até dois anos após a abertura da sucessão, para Dias (2008) citada por Leal (2011, p.25) não entendem como obrigação os prazos estabelecidos nos artigos:

Portanto, entende-se que o filho biológico concebido *post mortem* seria considerado herdeiro legítimo necessário, pois o desejo do genitor decorreu de um planejamento realizado ainda em vida e que não deveria ser revogado pela sua morte, independentemente de prazos preestabelecidos.

Confirmando o que foi dito, para a maior parte da doutrina atual não resta dúvidas quanto ao direito à sucessão legítima e testamentária ao concebido por reprodução *post mortem* homóloga, pois este na qualidade de filho do casal não pode ser discriminado em relação aos demais envolvidos, não podem perder o direito a filiação do seu genitor falecido porque foi à vontade deste por gerar seu filho através deste método e que não podem perder o direito a sucessão, certificando que esta criança será tão filha quanto os outros descendentes, não se admitindo qualquer exceção à regra.

O sistema jurídico brasileiro reconhece como entidades familiares a união estável, o casamento e a entidade monoparental através do princípio do planejamento familiar se uma livre escolha do casal. Em decorrência disso, no universo das práticas jurídicas, surge-se possíveis direitos ligados a presunção de paternidade da criança concebida por reprodução *post mortem*. Nesta perspectiva muito foi se indagado pela mídia os primeiros reconhecimentos em vários julgados deste país.

Nesse sentido, a reprodução artificial póstuma ainda é uma matéria pouco discutida nas jurisdições de 1ª e 2ª instância, por se tratar de direito específico a uma parte da população que necessita dos métodos clínicos que esta evoluindo cada vez mais eficaz nos tratamentos e técnicas de formação embrionária assistida. Nessa perspectiva alguns julgados singulares foram mais além no seu entendimento estabelecendo a possibilidade jurídica ao desenvolvimento do concepturo em favor do genitor sobrevivente, sem expressa anuência quanto a utilização do material genético pelo o falecido.

Em Curitiba¹¹, através de uma decisão de 1ª instância, comprovou-se a possibilidade da reprodução *post mortem* homóloga. O casal Roberto Jefferson Niels e Katia Lenerneier, casado há cinco anos, tentava engravidar quando Niels foi diagnosticado com um melanoma em fevereiro de 2009. Este por sua vez, devido ao tratamento que poderia debilitar a sua capacidade reprodutiva, optou por congelar seu material biológico na Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia, contudo, sem mencionar o destino que levaria os gametas criopreservados. Com a morte do marido, a viúva decidiu entrar com ação que possibilitasse a reprodução e filiação dos gametas criopreservados. Em maio de 2010, o magistrado Alexandre Gomes Gonçalves da 13ª Vara Cível de Curitiba concedeu liminarmente autorização para o uso póstumo do sêmen congelado por Katia, mesmo sem expressa anuência do falecido marido, e posteriormente, em poucos meses depois, já estava grávida de Luíza Roberta, que nasceu em junho de 2011. Luíza teve seu direito à filiação reconhecida.

Na metrópole de São Paulo¹², ocorreu outro caso parecido com o de Kátia. Eliane Ribeiro de Mello após a morte do marido Andrei em 2007, por aproximadamente doze anos de tentativas de gravidez frustradas e posteriormente tratamento na Clínica Gene para fins de reprodução assistida, pleiteou na Justiça a liberação judicial a fim de que fosse autorizada a inseminação do sêmen criopreservado de seu finado marido. A conclusão do magistrado foi a favor da recorrente em meio à falta e necessidade de regras que disciplinem a matéria, devendo o futuro pai ter o direito de manifestar a sua vontade de uma paternidade póstuma ou não. Decidiu, ao final, pela liberação do alvará para que, dentro de um ano, a genitora pudesse utilizar o material genético criopreservado de seu finado marido para fins de reprodução assistida.

No entanto, nos julgados de 2ª instância o conflito está em torno da expressa anuência deixada pelo cônjuge falecido, sendo que, na ausência do termo

¹¹ARAÚJO, Glauco. Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em: 19 de out. de 2016.

KANIAK, Thais. Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 19 de out. de 2016

¹²SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Autos nº 583.00.2008.138900-2/000000-000. Diário de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 21 maio 2008. p. 498. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>> Acesso em: 19 de out. de 2016.

as clínicas não realizam a reprodução artificial e a mãe recorre à justiça na tentativa de forçar o procedimento de concepção póstumo.

O posicionamento dos tribunais é contrário no sentido de desempenhar técnicas assistidas na ausência de vontade do pai falecido, como o acórdão proferido pelos desembargadores da 3ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que por maioria entenderam que o fato de o *de cuius* ter guardado material genético, não significa que o mesmo estaria de acordo com a inseminação *post mortem*, afrontando os princípios da autonomia de vontade e do livre planejamento familiar que é oriundo do casal (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2014):

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POSTMORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADO - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cuius em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cuius para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.4. Recurso conhecido e provido.

Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139

Assim, mediante ao que foi demonstrado e uma ampla análise jurídica, um filho concebido *post mortem*, por método homólogo, mesmo após dois anos da abertura da sucessão, continuaria sendo filho. Independentemente do tempo passado o vínculo biológico ainda existiria, a vontade dos pais prevalecem e o princípio da igualdade da filiação, tão protegido pela Constituição não avalia prazos, mas sim o interesse dos pais e filhos. O filho concebido e gerado postumamente tem direitos familiares e sucessórios iguais aos outros descendentes, pois será filho do falecido e de sua companheira ou esposa sobrevivente.

Destaque-se que com a ausência de regulamentação adequada não pode haver nem a vedação quanto ao método póstumo, bem como, as garantias a filiação

e sucessão, cabendo ao legislador se utilizar das normas do direito de família e da Constituição Federal para que, assim, haja total reiteração pacífica dos conflitos envolvidos nos tribunais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se mediante a temática, os efeitos jurídicos à luz do direito constitucional, de família e das sucessões para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em especial a reprodução artificial *post mortem*. Trata-se de reprodução humana realizada em clínicas especializadas, unindo por meio de procedimentos os gametas do casal ou de doador com expressa anuência dos cônjuges.

O Novo Código Civil acrescentou em seu texto as técnicas e espécies de reprodução humana assistida *post mortem*, analisadas para o reconhecimento a presunção de paternidade. Considera-se como concebidos na constância do casamento tanto os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, os concebidos através de embriões excedentários, formados através de concepção artificial homóloga, quanto àqueles havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido a qualquer tempo (artigo 1.597, incisos III, IV, V).

No entanto, se a análise for restringida à “letra fria” civilista, o filho concebido por reprodução artificial *post mortem* tem direito garantido a filiação e alimentos por meio de inseminação artificial e criopreservação de embriões com material genético do casal (homóloga), presumindo-se concebido na constância do casamento. Em contrapartida, a inseminação artificial heteróloga é mais complexa, e não há previsão garantindo a presunção de paternidade exata para a realização em concepção póstuma.

Contudo, verificou-se uma rigorosidade maior a esse dispositivo, com base na resolução do Conselho Federal de Medicina nº2. 121/2015 e do artigo 226, §7º da Constituição brasileira, é exigido para a presunção de paternidade ser consumida, a autorização escrita do cônjuge para o uso de seu material genético depois de seu óbito.

A outra problemática reside no fato de que em regra, na legislação civil não há possibilidade de sucessão ampla do ser concebido *post mortem*. Em decorrência da previsão do artigo 1.798 do mesmo diploma legal, o qual prevê que são legítimas a suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Dessa forma, seguindo essa linha de raciocínio civilista, terá a qualidade de filho apenas para o recebimento do sobrenome, entretanto não será capaz legalmente de receber a parte que lhe é devida na sucessão legítima em caráter de herdeiro necessário, pois há previsão de recebimento da parte disponível ou legado de bens deixado em testamento pelo de cujus, desde que respeitando o prazo estabelecido de dois anos após a abertura da sucessão e esteja vivo o cônjuge em que se espera ter filho (art. 1.800. §1º e §4º).

Diante desse cenário, é entendido por parcela da doutrina que o direito à sucessão legítima do concepturo restará prejudicado, independentemente de autorização expressa do de cujus. Entretanto, tem por posicionamento atual por maior parte da doutrina o entendimento em favor do concepturo em razão da filiação presumida, que conseqüentemente constata sua concepção na constância do casamento e concede o direito a suceder a legítima e testamentária.

Nessa perspectiva, a alternativa para solucionar e amparar sucessoriamente esta criança se encontrada em face do Código Civil com a Carta Magna, que traz insculpida em sua redação o princípio da igualdade entre filhos e a dignidade da pessoa humana e uma série de preceitos que podem ser utilizados em prol do concepturo. Assim realizando uma verdadeira constitucionalização do direito privado, uma vez que a norma será interpretada em conformidade com a Constituição Federal.

Assim, a limitação do direito sucessório de um descendente afeta o tratamento isonômico que os direitos humanos, recepcionados através dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988 aduz, que todos os filhos são iguais, pertencentes à mesma classe hereditária, não se importando o modo em que foi gerado. E que mesmo após o nascimento, a realização do inventário e o término da partilha, a criança poderá recorrer judicialmente reconhecendo como herdeira necessária por meio de petição de herança e recebendo a sua quota parte da herança do seu falecido pai.

No tocante às decisões e acórdãos judiciais analisados, não foi possível localizar algum cujo mérito fosse especificamente o direito sucessório do concepturo, se restringindo basicamente à questão do conflito de anuência expressa do finado para a utilização póstuma de seu material genético. Analisa-se, que os magistrados de primeiro grau defendem que o simples depósito confirma a vontade do falecido de ser pai e que esse comportamento expressa uma autorização tácita,

pois o falecido em vida tinha vontade de realizar um procedimento medico e solucionando problemas de reprodução humana.

No entanto, o posicionamento dos desembargadores prepondera esse entendimento nos julgados que é ato imprescindível o consentimento escrito do projeto familiar ser concretizado além de sua vida. E através desse entendimento, o poder estatal jurídico está sendo retrocesso aos avanços da medicina e do entendimento atual da Constituição Federal de 1998 com a base doutrinaria brasileira.

Por fim, é amplamente observada a necessidade da existência de uma legislação que complemente as lacunas jurídicas e os progressos da bioética médica, trazendo em seu texto a presunção de filiação de paternidade dos filhos havidos por reprodução artificial em todas as suas técnicas e espécies estabelecidas, e acima de tudo estabelecer a regra de vocação hereditária deste concepturo, pois atualmente há, no mínimo, uma desarmonia entre elas, haja vista uma contemplar o concepturo e outra ignorá-lo, mantendo em conflito as decisões de juízes monocráticos e desembargadores que devem se pronunciar mesmo quando a lei for omissa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. ***Teoria dos Direitos Fundamentais*** – p. 90. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Glauco. **Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná**. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em: 19 de out. de 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Conexões entre direitos de personalidade e bioética**. – p. 149. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.121 de 2015**. Disponível: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso: 27 de agosto de 2016.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 9.434/1997**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21729:lei-94341997-dispoe-sobre-a-remocao-de-orgaos-tecidos-e-partes-do-corpo-humano-para-fins-de-transplante-e-tratamento-integra-o-presidente-da-republica&catid=66:leis&Itemid=34> Acesso em: 27 de agosto de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** – Arts. 3º IV, 5º, 226 e 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 01 de maio de 2016.

BRASIL. Decreto nº 678, do dia 06 de novembro de 1992 – **Convenção Americana Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica. Direito à Honra e Dignidade**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 02 de maio de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. – **Estatuto da Criança e do Adolescente** – Art. 27. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L

[8069.htm](#)> Acesso em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. – **Código Civil**. – arts. 1.596, 1.597, 1.603, 1.695, 1.696, 1.786, 1.791, 1.798, 1.799, 1.800, 1.824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ALVES, Mariane Ferraz. **Direitos Sucessórios na Fecundação Artificial Homóloga Post Mortem**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20131029210144.pdf> . Acesso em: 01 de maio de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito de Família**. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família, as famílias em perspectiva constitucional**. 4ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. **Direito das Sucessões**. 2. Ed. Belo Horizonte Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Huntington Medicina Reprodutiva. **Técnicas Complementares: Diagnóstico Genético Pré-implantacional/PGD**. Disponível em: <<http://www.huntington.com.br/tratamentos/tecnicas-complementares/diagnostico-genetico-pre-implantacional-pgd/>>. Acesso em: 27 de agosto de 2016

KANIAK, Thais. **Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto 2013**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/>>

[mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html](#)>.

Acesso em: 19 de out. de 2016

LEAL, Paula Mallmann. **Os Reflexos Sucessórios na Inseminação Post Mortem.**

Disponível em: <http://www3.pucrs.br/purcs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil, v. XXI: do direito das sucessões** (arts. 1784 a 2027). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 9ª Ed. São Paulo: Método, 2006.

LUCA, Caterina Medeiros. **O Concebido Post Mortem no Direito das Sucessões.**

Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2016.

REZZIERI, Lorrana. **Direitos Hereditários do Concebido Post Mortem no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Uma Análise Crítica a Partir do Sopesamento entre Princípios Sucessórios e Constitucionais.** Disponível

em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133838/TCC%20para%200reposit%C3%B3rio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 de maio de 2016.

RIGO, Gabriela Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente.** 2007. 103 f. Monografia (Graduação) -

Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 25. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/>

[biblioteca-juridica/obras/monografias/3849](#)> Acesso em: 27 de agosto de 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Autos nº 583.00.2008.138900-2/000000-000.**

Diário de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo, 21 maio 2008. p. 498.

Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1->

[instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008](#)>

Acesso em: 19 de out. de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Pesquisa documentos jurídicos – Acórdão20080111493002APC.** Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=820873>>. Acesso em: 30 de out. de 2016.

ANEXOS

ANEXO A – Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/15. Disponível: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Publicada no Diário Oficial da União no dia 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

ANEXO B – Acórdão da Apelação Cível nº 166.180-4/7-00. Do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/SP. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133838/TCC%20para%20reposit%C3%B3rio.pdf?sequence=1>> Documento julgado no dia 9 de novembro de 2000.