



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS.

**INÁCIO VINICIUS SANTOS COSTA**

**A (IM)POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POR REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA *POST MORTEM***

**BRASÍLIA**

**2018**

**INÁCIO VINICIUS SANTOS COSTA**

**A (IM)POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POR REPRODUÇÃO  
ASSISTIDA *POST MORTEM***

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de bacharelado  
em Direito do Centro Universitário de  
Brasília– UniCEUB.

**BRASÍLIA  
2018**

**INÁCIO VINICIUS SANTOS COSTA**

**A (IM)POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POR  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM***

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

**BRASÍLIA, \_\_\_\_ DE \_\_\_\_\_ 2018**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup>. Renata Vilas Boas (Orientadora)

---

Prof.<sup>a</sup>. Anna Chrystina Porto (Examinadora)

*Dedico este trabalho a minha mãe, Darlene, sem a qual jamais poderia ter chegado até aqui.*

*A minha avó Francisca Rodrigues da Costa e meu tio Mariano Luiz das Neves, in memoriam.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço, primeiramente, a Deus por ser meu alicerce espiritual, no qual sem ele não poderia chegar a lugar algum.*

*Aos meus pais Darlene e Valmir.*

*Aos amigos e familiares que me deram forças e me apoiaram de todas as formas.*

*E a minha orientadora que me guiou por todo o processo de pesquisa.*

*Muito obrigado!*

*“Meu filho vai ter nome de santo, quero o nome mais bonito.  
É preciso amar as pessoas, como se não houvesse amanhã  
Porque se você parar pra pensar, na verdade não há.  
Me diz, por que que o céu é azul?  
Explica a grande fúria do mundo  
São meus filhos que tomam conta de mim.  
Eu moro com a minha mãe, mas meu pai vem me visitar  
Eu moro na rua, não tenho ninguém, eu moro em qualquer lugar.  
Já morei em tanta casa, que nem me lembro mais  
Eu moro com os meus pais.  
É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã  
Porque se você parar pra pensar, na verdade não há.  
Sou uma gota d'água, sou um grão de areia  
Você me diz que seus pais não te entendem,  
Mas você não entende seus pais.  
Você culpa seus pais por tudo, isso é absurdo  
São crianças como você  
O que você vai ser, quando você crescer?”*

**(Legião Urbana, Pais e filhos, Renato Russo)**

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o fenômeno do reconhecimento da filiação por reprodução assistida *post mortem* na ordem jurídica brasileira. Antes de adentrar ao cerne da problemática tratada no presente estudo foi necessário abordar, no primeiro capítulo, no que consiste a filiação, a abordagem de uma breve análise da evolução histórica do instituto da filiação no direito brasileiro, versando sobre as classificações existentes, no segundo capítulo as formas de reprodução assistida e suas técnicas, assim como, no terceiro capítulo, foi preciso realizar uma análise dos princípios primordiais destacados pela Constituição Federal e pelo Direito das Famílias que envolvem o tema, desenvolvendo assim, um estudo principiológico do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, no quarto capítulo buscou-se apresentar uma abordagem da lei civil sobre a filiação considerando a aplicação prática dos casos, analisando a legislação, entendimentos doutrinários correspondentes ao tema proposto e possível solução considerando os projetos de lei. A metodologia utilizada se constituiu na modalidade exploratória, pela pesquisa realizada em livros, artigos científicos, jurisprudência e na própria legislação. Hodiernamente, vislumbra-se que no ordenamento jurídico brasileiro há efetiva ausência de normatização específica sobre a filiação póstuma, visto que tal omissão legislativa, vem sido regulamentada por resolução, gerando decisões jurídicas controversas.

**Palavras-Chave:** Filiação. Reprodução assistida. *Post mortem*. Homóloga. Heteróloga.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>11</b>
1.1 NOÇÕES SOBRE FILIAÇÃO .....	11
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DESDE 1916.....	12
1.3 CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS .....	23
1.3.1 FILIAÇÃO MATRIMONIAL .....	23
1.3.2 FILIAÇÃO NÃO MATRIMONIAL .....	27
1.3.3 FILIAÇÃO ADOTIVA .....	29
<b>2 ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM</b> .....	<b>30</b>
2.1 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	31
2.1.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL .....	31
2.1.1.1 A inseminação artificial homóloga .....	32
2.1.1.2 A inseminação artificial heteróloga .....	32
2.1.2 FERTILIZAÇÃO IN VITRO- FIV .....	33
2.1.3 TRANSFERÊNCIA DE GAMETAS PARA AS TROMPAS – GIFT .....	34
2.1.4 TRANSFERÊNCIA DE ZIGOTO PARA AS TROMPAS – ZIFT .....	35
2.1.5 CLONAGEM REPRODUTIVA .....	35
2.2 A UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO POST MORTEM.....	36
2.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI E LIMITES JURISPRUDENCIAIS .....	38
<b>3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE NORTEIAM A QUESTÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM</b> .....	<b>43</b>
3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	44
3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS INDIVÍDUOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	45
3.3 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....	47
3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE FILHOS .....	47
3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA .....	47
3.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	48

<b>4 DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO.....</b>	<b>49</b>
4.1 POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> .....	51
4.1.1 DA AUTORIZAÇÃO.....	54
4.2 POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA <i>POST MORTEM</i> .....	56
4.3 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO.....	59
4.4 LEGISLAÇÃO EM OUTROS PAÍSES .....	61
4.4.1 PORTUGAL.....	62
4.4.2 SUÉCIA.....	63
4.4.3 SUÍÇA .....	63
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>64</b>

## INTRODUÇÃO

Ser um operador do Direito, seja estudante, advogado ou juiz, muitas vezes possibilita ter uma opinião diversa do que seria efetivamente “Justiça” em sua totalidade. Diferentemente daquela ensinada na formação de qualquer profissional que atue na área jurídica, na qual busca-se sempre por justiça e sua aplicação ao caso concreto, não devendo, de forma alguma, ignorar a diferença do estudo acadêmico para a prática real.

Diante disso, é importante ter como campo de observação a realidade para que se possa trazer para o mundo jurídico alguns direitos que ainda não foram previstos e que, conseqüentemente, sejam efetivos.

Neste sentido, perpassa o tema escolhido para a elaboração da monografia, estando situado dentro da área do direito das famílias, mais especificamente no reconhecimento da filiação. Trata-se da possibilidade do reconhecimento da filiação por reprodução assistida *post mortem*.

Importante considerar, ainda, a repercussão dos efeitos que as melhorias científicas e tecnológicas da medicina podem trazer para o mundo jurídico, considerando o avanço do conhecimento científico cada vez mais rápido das técnicas de reprodução humana que soluciona inúmeros casos que ocorrem na vida cotidiana pessoal, nos quais, por algum motivo, não há, com os seus respectivos parceiros, a possibilidade da continuação da família, seja por casal ou até mesmo no desejo de exercer a maternidade ou paternidade de forma individual.

Diante da atual conjuntura, optar por pesquisar um tema que ainda não foi amplamente discutido, em virtude da vigência do Código Civil de 2002, e em seguida pela inovação tecnológica que avança. O tema, no entanto, será dissertado sobre os enfoques já suscitados pela doutrina e jurisprudência no sentido de viabilizar uma resposta adequada a situação real.

O principal embate se destaca no reconhecimento ou não da filiação, sem tratar dos efeitos causados por esse reconhecimento, justificado pelas hipóteses elencadas no código civil nos artigos. 1.597, incisos IV e V.

Existe a possibilidade do reconhecimento da filiação após a morte? Quais seriam essas modalidades de reprodução, quais as conseqüências jurídicas desse reconhecimento?

O tema abordado foi dividido de maneira metodológica, facilitando a compreensão do leitor sobre conceituação da filiação, em uma breve evolução histórica do instituto da filiação no Brasil, em um recorte do código civil de 1916 até a atualidade, em que são abordados os temas sobre a evolução da filiação no direito brasileiro e finalizando com a classificação doutrinária da filiação.

A segunda parte é de suma importância para a compreensão de como será proposta a análise da reprodução assistida *post mortem*, abordando as principais formas de reprodução assistida e, em seguida, a utilização de material genético *post mortem*, sua aplicação prática da lei e limites das jurisprudências.

A última parte tratará do tema da possibilidade do reconhecimento na reprodução assistida *post mortem* e uma extensa análise jurisprudencial das decisões importantes, como também abordará a opinião dos principais juristas em relação ao tema por meios de artigos científicos, publicações em sites do mundo jurídico, trazendo a análise das decisões judiciais (jurisprudência) que revelarão se o instituto é aplicado, porque é ou não aplicado, como os julgadores analisam os requisitos do instituto, qual a natureza jurídica que dão a ele, dentre outros quesitos.

Nesse sentido, este trabalho relaciona todos os argumentos jurídicos existentes com o objetivo de refinar o entendimento do projeto proposto acerca do dispositivo em questão e ressaltar os pontos já assentidos juridicamente por meio das Convenções de Família, Projetos de Leis e Artigos Científicos.

## 1 DA FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

É importante fazermos um apanhado geral em nosso ordenamento jurídico sobre todas as alterações realizadas em torno da filiação com o intuito de introduzirmos melhor o tema e, conseqüentemente, analisarmos a evolução do instituto com o advento de cada legislação.

### 1.1 NOÇÕES SOBRE FILIAÇÃO

De início, é importante analisarmos a semântica da palavra filiação, onde “*filiação* tem sua origem etimológica no vocábulo latino *filiatio*, que possui o significado de descendência de pais e filhos”.<sup>1</sup>

Também é necessário avaliarmos o conceito dado pela doutrina do instituto, onde, para Maria Helena Diniz, a “filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”<sup>2</sup>. Ainda nesta mesma linha de considerações, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, destaca-se que “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivesse gerado”.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald “filiação, evidenciando o liame existente entre pais e filhos, designado de paternidade ou maternidade, sob a ótica dos pais”<sup>3</sup>.

E, ainda, para Álvaro Villaça Azevedo, filiação é:

relação jurídica que se estabelece entre o filho e seus pais; inversamente, a relação entre pai e filho é chamada de paternidade, e entre mãe e filho, conhecida como maternidade. São pessoas que descendem umas das outras ou ligadas pelo vínculo da adoção<sup>4</sup>

Destarte, filiação se caracteriza pelo vínculo sanguíneo ou afetivo, entre descendentes e ascendentes, tendo como elo aqueles que conceberam

---

<sup>1</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 09.

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 503.

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 560.

<sup>4</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 249-250.

ou agiram como se assim fossem, ou seja, o vínculo entre pais e seus respectivos filhos.

Após analisados os conceitos, é necessário observar todo o contexto histórico do instituto e sua evolução para melhor compreensão. Será analisado o período desde o Código Civil de 1916, as legislações correlatas e a Constituição de 1988 até chegarmos na mais atual legislação.

## 1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DESDE 1916

As diferenciações elencadas no código de 1916 trabalhavam com a sistemática de que tão somente o casamento era capaz de constituir a verdadeira família legítima, que era uma das quatro classificações existentes da filiação naquela época, quais sejam: a legítima, a legitimada, a ilegítima e pôr fim a adotiva.

A filiação legítima era caracterizada pela existência de um casamento em que a prole tenha sido gerada no período matrimonial. A presunção do termo em latim conhecido como *pater is est* (ainda existente no ordenamento atual) presumia que os filhos nascidos 180 dias após estabelecido o convívio conjugal; e, em relação aos nascidos dentro dos 300 dias posterior ao rompimento da coabitação marital, por falecimento, desquite ou anulação. Também se consideravam legítimos os filhos nascidos antes dos 180 dias antes da convivência em comum, se o cônjuge, antes de esposar, tinha conhecimento da gravidez da mulher, ou por não contestar a paternidade. A comprovação da filiação legítima era feita por certidão de nascimento ou qualquer irregularidade existente poderia provar, por outro meio admitido em direito, e se houvesse início de prova escrita, procedente dos progenitores; na existência derivada de fatos reais.

A filiação legitimada era consequente ao matrimônio dos pais quando estes já possuíam filhos, e esses eram igualados a filiação legítima. Na filiação ilegítima, há a caracterização daqueles que não derivam de um casamento entre os pais, apenas os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, os filhos incestuosos ou adúlteros não podiam ser aceitos nem mesmo serem reconhecidos, não postular pretensão sobre sucessão e alimentos.

Na adoção, o código tratava como requisito a sua constituição por meio de escritura pública, que tinha como extensão o laço fraternal somente entre o adotante e adotado. Os direitos e deveres do adotado com seus pais biológicos não desapareciam, resguardado o pátrio poder, hoje conhecido como poder de família, que neste caso era repassado para o pai adotivo.<sup>5</sup>

Após esse espaço temporal, tivemos algumas alterações importantes, como o a da Constituição de 1937<sup>6</sup> que assegurou a igualdade entre os filhos naturais e legítimos. Depois, com o decreto nº 3.200 de 1941<sup>7</sup>, foi proibida a publicidade nos registros civis da origem da filiação, ressalvado decorrente de decisão judicial ou do próprio interessado. Com a vigência do decreto nº 4.737 de 1942<sup>8</sup>, surgiu a alternativa de reconhecer os filhos provenientes de adultério.

Em 1943, com o decreto nº 5.860<sup>9</sup>, veio a alteração do artigo do código civil vigente, incluindo uma exceção quanto ao registro de nascimento que comprove ter havido erro ou falsidade. Por sua vez, o decreto nº 9.701 de 1946<sup>10</sup> determinava que no desquite judicial, relacionada à guarda os filhos menores, que não tivesse com quem ficar, seria concedida a uma pessoa inequivocamente íntegra da família de um dos cônjuges.

---

<sup>5</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>6</sup> Art 126 - *Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.*

<sup>7</sup> Art. 14. Nas certidões de registro civil, não se mencionará a circunstância de ser legítima, ou não, a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial.

<sup>8</sup> Art. 1º O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação. BRASIL. Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De14737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14737.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>9</sup> Art. 1º O art. 348 do Código Civil passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 348 - Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". BRASIL. *Decreto-lei nº 5.860, de 20 de setembro de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De15860.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De15860.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>10</sup> Art. 1º No desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos. BRASIL. *Decreto-lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946*. BRASIL. *Decreto-lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De19701.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De19701.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

Outra mudança ocorrida foi com a lei nº 883 de 1949<sup>11</sup>, que estabeleceu a possibilidade de reconhecer o filho fruto de adultério após o término da sociedade conjugal.

A lei nº 3.133 de 1957 alterou vários artigos do código vigente pertinentes à adoção, como por exemplo: somente os maiores de trinta anos de idade poderiam ter o direito de adotar. Apenas pessoas casadas depois de decorridos cinco anos do casamento. Além disso, estabeleceu a diferença mínima de dezesseis anos, entre adotante e adotado.<sup>12</sup>

Na adoção de pessoas capazes, era necessário que houvesse o consentimento. Em se tratando de incapaz ou neonato, apenas era possível a adoção, desde que com a concordância do seu representante legal.

O rompimento do vínculo adotivo ocorreria se ambas as partes aceitassem ou em casos em que se admitia a deserção. Também era tratado no ato da adoção quais os sobrenomes queriam manter ou excluir; manter e acrescentar os do adotante; bem como excluir os dos pais biológicos ou apenas ficar com os do adotante.

O estatuto da mulher casada, que fazia referência a lei nº 4.121 de 1962<sup>13</sup>, com muitas modificações no código civil, com proteção a mulher casada, quanto o que for conveniente aos filhos nos seguintes aspectos: 1) O marido é o chefe da sociedade conjugal, com a colaboração da mulher, no interesse dos filhos<sup>14</sup>, 2) a mulher poderia fazer uso do direito no que coubesse aos filhos no tocante as pessoas e bens do casamento anterior<sup>15</sup>, 3) se o casal fosse tido como culpado, os filhos menores ficariam com a mãe, exceto se fosse verificado que lhe causariam prejuízo de ordem moral<sup>16</sup>, 4) caso o juiz

---

<sup>11</sup>Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

<sup>12</sup>FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>13</sup>BRASIL. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>14</sup>Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>15</sup>Art. 248. A mulher casada pode livremente: (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*). I - Execer o direito que lhe competir sobre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393); (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>16</sup>Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*). (*Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977*). § 1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo

resolvesse que os filhos não deveriam continuar com pais, a guarda seria dada a pessoa idônea da família.<sup>17</sup> 5) O poder de família sendo exercido pelos pais, e na falta de um deles, apenas um exercer com exclusividade<sup>18</sup>, 6) em caso de divergência do poder de família prevalecerá a decisão do pai com o direito à mãe recorrer em juízo<sup>19</sup>. 7) a progenitora que pactuasse novo casamento não perdia, quanto aos filhos do matrimônio anterior, podendo exercer livremente<sup>20</sup>.

A lei nº 4.655 de 1965 igualou o filho adotivo e o filho legítimo em direitos e obrigações, exceto no caso de sucessão.<sup>21</sup> O elo entre o adotado e a família adotiva se estendia a todos os membros da família, mediante aceitação do ato adotivo.<sup>22</sup> Após a adoção, encerravam-se todos os direitos e obrigações com a família biológica, tal como ocorre atualmente. Ficava a cargo do adotado a escolha de nome e prenome, podendo modificar alterar, modificar ou incluir.

23

No dia 26 de dezembro de 1977, entrou em vigor a lei nº 6.515, popularmente conhecida como Lei do Divórcio. Tal diploma legal possibilitou tanto a mulher quanto ao homem reconhecer o filho nascido fora do casamento, antes tido como ilegítimo. Também garantiu à prole o direito à herança, independente da origem da sua filiação. A lei regulamentou, ainda, a proteção ao filho menor nos casos de ruptura da relação matrimonial,

---

se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para êles. (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>17</sup> § 2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita. (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>18</sup> Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>19</sup> Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (*Incluído pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>20</sup> Art. 393. A mãe que contrai novas núpcias não perde, quanto aos filhos de leito anterior os direitos ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido. (*Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962*).

<sup>21</sup> Art. 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. BRASIL. Lei nº 6.515, de janeiro de dezembro de 1977. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>22</sup> § 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

<sup>23</sup> Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

garantindo a guarda do filho ao cônjuge inocente. Em caso de culpa recíproca, a guarda era dada a mãe, exceto se a mãe prejudicasse o filho de forma moral.

Se ocorresse a separação de fato, após um ano ininterrupto e sendo impossível a reconciliação do casal, os filhos permaneceriam com o cônjuge que se encontrava na época da separação. Ocorrendo a separação, em virtude de grave enfermidade que afetasse a capacidade psicológica do cônjuge, no curso da vida marital, impossibilitando assim a convivência diária após o intervalo de cinco anos, e não se tendo notícia de cura de determinada doença, o cônjuge poderia ficar responsável pela guarda e instrução de seus descendentes.

O Código dos Menores, estabelecido pela Lei nº6.697 de 1979, elencou nos artigos 27 e 28 a adoção simples de menor que se encontrava em situação vulnerável, em que o Código Civil de 1916 regulamentava a adoção afetiva, embora o adotado rompesse suas ligações com a família biológica, persistiam ainda os impedimentos para o casamento. A sentença que constituía a adoção, atribuía ao adotado o nome e o prenome, e tal como disciplina a lei nº 4.655 de 1965, sendo a adoção um ato irrevogável, mesmo que após a sentença o adotante viesse a ter novos filhos.

A Lei nº 7.250 de 1984 incluiu o § 2º ao artigo 1º a lei 883/49 que, após sentença transitada em julgado, os filhos nascidos fora do casamento poderão ter reconhecida a filiação pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos ininterruptos.

Após a promulgação da Constituição de 1988, foi designada, em seu art. 227, parágrafo sexto, a plena igualdade entre os filhos, diferentemente da discriminação utilizada pelo legislador na elaboração do código civil de 1916 que estabelecia separação entre filhos legítimos e ilegítimos de acordo com a união matrimonial dos pais, sendo casado ou solteiro. Nesse momento, existia consequências diversas segundo a sua legitimidade.

Por ventura das diferentes formas de filiação, faz-se relevante verificarmos o que diz o artigo 227, §6º da Constituição Federal:<sup>24</sup>

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito

---

<sup>24</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República federativa do Brasil. 52. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.

à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>25</sup>.

[...]

§ 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.<sup>26</sup>

Portanto, a Constituição Federal de 1988 trouxe um viés mais humanista e pôs fim à discriminação entre os filhos de toda ordem, agora sem qualquer forma de distinção perante a lei, o que significou progresso para a proteção dos direitos da criança e do adolescente, sem dúvidas.

Ao longo da história da humanidade e em razão dos grandes movimentos políticos e sociais da época, os processos discriminatórios foram minimizados e tendo reconhecimento como direito fundamental a dignidade da pessoa humana em não sofrer preconceito de nenhuma espécie ou outra forma de discriminação.

Porém, a Carta Magna não se conteve somente no reconhecimento de direitos básicos da família, como também declarou, em seu art. 227, *caput*, elencando como dever da sociedade, da família e do Estado, garantir com integridade e preferência, os direitos, à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência crueldade e opressão. A proteção foi tão grande que por esse motivo o legislador utilizou-se de todos os princípios possíveis para protegê-los, instituídos tanto na Constituição para influenciar toda legislação infraconstitucional e deixar evidente sua real intenção na garantia de alcançar os objetivos fundamentais da República.

A lei nº 7.841 de 1989, que revogou o artigo 358 do código civil vigente, determinava que em hipótese alguma poderiam ser reconhecidos os filhos de origem incestuosa ou frutos de adultério.

---

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

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República federativa do Brasil. 52. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.

No que concerne aos filhos nascidos fora do casamento, estes poderão ser reconhecidos por ambos os pais ou individualmente na certidão de nascimento, por testamento através de escritura pública ou outro instrumento público, independentemente da fonte da filiação, uma vez que a Constituição acabou com a distinção entre filhos. Este reconhecimento poderia se dar no nascimento do filho ou no falecimento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a proteção integral, estabelecendo que gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, e social, em condições de da liberdade e da dignidade.<sup>27</sup>O mesmo estatuto estabelece, de forma que distribui como dever de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária entre família, comunidade e sociedade em geral.<sup>28</sup>

O Estatuto reconheceu a filiação como sendo direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Isto significa dizer que se pode investigar a filiação a qualquer tempo, contra qualquer pessoa, exercido contra genitores e herdeiros, sem restrições e da qual o sujeito não pode dispor. Garante-se, portanto, o segredo de justiça.<sup>29</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente estendeu, ainda, a condição de filho ao adotado, garantindo os direitos e deveres como também os sucessórios, tal como disposto no art. 226 e seguintes da Constituição Federal. Frisa-se que repetindo os demais diplomas, rompe-se os vínculos com a família biológica, resguardado os impedimentos para constituir matrimônio. Evidencia também o reconhecimento do direito sucessório entre a relação do adotado e o adotante, quanto aos seus ascendentes, descendentes e colaterais até os

---

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Código Civil. Art. 21. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 26 out. .2017.

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. 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: 26 out. .2017

<sup>29</sup> BRASIL. *Estatuto da criança e do adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de junho de 199 e legislação correlata*. 16. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.

limites imposto pela lei que determina a família até o quarto grau de parentesco.

Com a advento da lei nº 8.560 de 1992<sup>30</sup>, foi estabelecido que o reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento tem como natureza a irrevogabilidade<sup>31</sup>, ou seja, a impossibilidade de sua desconstituição, sendo que o registro do nascimento pode ser feito; tanto por escritura pública quanto particular, devendo ser arquivado em cartório por meio do testamento, mesmo que não o aborde diretamente, e, por fim, pela demonstração evidente perante o juiz, ainda que o ato de reconhecer não seja consequência direta do que foi posto pelo juiz.

Determina também que, nos casos em que o registro de nascimento do menor de idade no momento de nascimento constou somente a maternidade, a lei que o oficia deve remeter ao juiz uma certidão completa do registro conjuntamente com as informações de nome e o prenome, ocupação profissional, identidade e residência do “provável” pai, que neste momento ocorra uma verificação, com o intuito de confirmar se caso seja verdade, as informações presumíveis que foram noticiadas. O magistrado depois de ouvir a mãe, ordenará que o possível pai seja comunicado para que se protestar ou expor sua versão em respeito da paternidade. Outra prática possível é, na ocorrência de devidamente intimado, não fazer ou simplesmente deixar de fazê-lo em tempo hábil ou só alegar a negatória do assunto, os autos devem ser encaminhados para o Ministério Público, que, na condição do detentor do direito, sendo ele público, devendo agir no ensejo de substituto processual, dar causa a investigação de paternidade.

Há que se ter uma ponderação nessa indicação, que no mínimo existem elementos básicos para que a pessoa seja indicada para sofrer essa investigação, pois o efeito pertinente a essa possibilidade de investigação de paternidade pode gerar danos irreversíveis para a pessoa do investigado.

---

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm)> Acesso em: 26 out. .2017.

<sup>31</sup> Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro de nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

A lei fixa, ainda, a concordância do adotado que seja maior de idade. Além disso, veta qualquer forma de estabelecer diferenças entre as origens da filiação em documento de identificação de nascimento, como também o estado civil dos pais, se foi resultante de adultério ou fora da união dos pais, tal como a procedência da filiação.

Ainda, revogou os artigos 332<sup>32</sup> que faziam distinção do parentesco e filiação; o 337<sup>33</sup>, com a consideração do filho nascido na constância do casamento; e, por fim o 347<sup>34</sup>, comprovação da filiação legítima com o termo de nascimento.

Após o longo processo de criação, em 2002, considerando o a instituição do atual código civil por meio da lei nº 10.406 que revogou o antigo código e trouxe várias inovações sobre as formas de filiação, respeitando os princípios instituídos na Constituição de 1988.

Como explicitado anteriormente, o código civil inspirado no art. 227, § 6º da Carta Magna, e ainda no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, constitui a igualdade de direitos estabelecidos entre todos os filhos, de forma autônoma, se constituído de uma união matrimonial, ou das presunções existentes nela, ou por meio da adoção, assim preceitua o artigo 1.596 do código civil<sup>35</sup>.

De outro modo, manteve algumas hipóteses já existente no antigo código como a presunção *pater is est*, que se baseia na vigência ou logo após o termino do matrimônio. Elencadas nos incisos I e II do 1.597, a saber:

- i) aqueles nascidos dentro de 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal.
- ii) os nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, seja por morte, separação ou as hipóteses de nulidade e anulação do casamento.

---

<sup>32</sup> Art. 342. Só em sendo absoluta a importância, vale a sua alegação contra a legitimidade do filho.

<sup>33</sup> Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que annullado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contrabiu de boa fé (art. 221) (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992).

<sup>34</sup> Art. 347. A filiação legítima prova-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no registro civil. (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992).

<sup>35</sup> 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.

Na segunda hipótese, mesmo que após o falecimento do cônjuge, divórcio, ou a nulidade ou anulação do matrimônio, ainda que a mulher possa casar-se novamente e no prazo estipulado pela lei nascer filhos, estes, presumidamente serão do primeiro consorte, os do atual esposo ocorrerá no primeiro inciso, a contar do momento em que ambos começaram a viver juntos. Salvo, se na época da fecundação, provar que estava impotente para a fertilização, sendo, portanto, afastado a presunção, art. 1.599 do código civil.<sup>36</sup>

A crítica que se faz hoje em relação aos incisos do art. 1.597 é que a verdade jurídica elencada no código não vai de encontro com o avanço que temos hoje em identificar com quase total clareza a verdade biológica, sendo esse instituto ultrapassado em relação ao momento.

Em relação aos incisos:

- i) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.
- ii) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepções artificial homóloga.
- iii) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O enunciado nº 105, da I Jornada de Direito Civil – Conselho de Justiça Federal, estabeleceu como inviáveis as expressões registradas no código, tais como: fecundação artificial, concepção artificial, inseminação artificial. Com isso, resolveu ser mais adequado utilizar a expressão técnica de *reprodução assistida*.<sup>37</sup>

O código previu, de forma acertada, dispor sobre a filiação biológica nas formas dos incisos acima, como exemplo a constante no inciso II, que possui a forma homóloga, que significa, em outras palavras, utilizar a carga genética de ambos os pais para a concepção, ou na condição heteróloga, na qual é usado

---

<sup>36</sup> Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

<sup>37</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça- CNJ. I Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº 105. 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"*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>> Acesso em: 26 out. .2017.

apenas o material genético de um dos cônjuges, que, nesse caso, e para termos como lição, o uso do sêmen de um doador e o óvulo da esposa, ressalvando que deve haver autorização expressa do parceiro.

Uma pequena observação deve ser feita, quando se tratar da união estável, mesmo sendo reconhecida pela nossa Constituição<sup>38</sup> e ainda pelo Código Civil<sup>39</sup>, o legislador ao criar o artigo 1.597 do Código Civil, esqueceu de elencar as hipóteses de reprodução assistida, deixando omissos caso ocorra na união estável. Assim como esqueceu também de elencar outras formas de reprodução, como é o caso de uma doadora de óvulo que é fecundado pelo sêmen do parceiro, criando um vínculo afetivo com a mãe e biológico como o pai, ou nos casos em que a fecundação possa acontecer sem qualquer traço biológico, ou seja, fecundar o óvulo (sendo de uma doadora) com um sêmen (de um doador), mas que por meio da reprodução assistida pudesse a genitora gera-lo e ambos criarem e educarem os filhos, sendo considerados como pais pela filiação socioafetiva.

Um instituto muito importante para ser usado como prova da filiação é a posse do estado de filho, mesmo que não explícito no artigo 1.605 do Código Civil.

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:  
I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;  
II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Nesse aspecto Jorge Fujita descreve que “Em que pese a aparente

---

<sup>38</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>39</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

semelhança de redação do referido art. 1.605 como o artigo 349 do revogado Código Civil de 1916, depreende-se que o direito anterior se referia à prova da “filiação legítima”, portanto a resultante de um casamento válido”<sup>40</sup> como a Constituição acabou com a discriminação entre os filhos, “ para efeitos de prova de estado, filhos de toda ordem independentemente de serem matrimoniais, extramatrimoniais, biológicos, ou socioafetivos.”<sup>41</sup>. Ainda realiza uma crítica, pois deveria o novo código não prever expressamente um dispositivo que faça referência a posse do estado de filho como meio de prova para comprovação da filiação.

### 1.3 CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Para fins de entendimento, é permitida doutrinariamente uma classificação para melhor estudo do instituto como se fazia no Código Civil de 1916, em que a natureza ou origem da filiação estava entrelaçada ao contexto matrimonial, com as diferenciações dos filhos nascidos mediante o casamento ou fora dele. Fazendo com que se desenvolva, assim, uma classificação dividindo em filiação matrimonial e filiação extramatrimonial, ou para alguns autores: filhos havidos fora do casamento e filhos havidos dentro do casamento.<sup>42</sup>

A maior parte da doutrina coloca a adoção como um capítulo à parte.

#### 1.3.1 FILIAÇÃO MATRIMONIAL

A filiação matrimonial como o próprio nome diz, tem como consequência a filiação motivada dentro do casamento, ou seja, pela filiação existente dentro do matrimônio em constância dele.

O casamento possui causas impeditivas e anulatórias, todas encontradas no código civil (arts. 1.561 a 1.617). Diante disso, podemos determinar que “o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao

---

<sup>40</sup>FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>41</sup>*Ibidem*.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344-345.

nascimento do filho, como também à sua própria concepção”<sup>43</sup>. Em alguns casos, como já previsto em lei, a concepção do filho pode ocorrer antes do matrimônio, não fazendo, contudo, que este deixe de ser considerado na filiação matrimonial.

A primeira ao se tratar:

- i) aqueles nascidos dentro de 180 dias depois de estabelecida a convivência conjugal.

Por isso, o código criou a hipótese dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal<sup>44</sup>, ou seja, seis meses após o matrimônio. Portanto, os filhos nascidos nesse meio tempo, presumem-se filhos dos cônjuges, resguardado o direito ao marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher a qualquer tempo.<sup>45</sup>

Em seguida dos:

- ii) os nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, seja por morte, separação ou as hipóteses de nulidade e anulação do casamento.

Em relação aos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento <sup>46</sup>. Cria-se, nesses casos, um lapso temporal em que é presumida a paternidade, com início na coabitação ou convivência conjugal e após a dissolução, isso porque é humanamente impossível uma gestação durar o equivalente a nove meses e mais ou menos vinte e sete dias. Em caso prático, poderíamos explicar a seguinte situação: a mulher casa-se novamente, após seu marido falecer ou ocorre alguma das possibilidades do inciso, e antes desse período (trezentos dias), ela dá luz à uma criança, mesmo já se encontrando casada com outro cônjuge, este se presume do primeiro esposo. Em outra situação, se o filho nascesse no caso do inciso anterior, no prazo dos cento e oitenta dias após estabelecida a convivência conjugal, será presumido do segundo consorte.

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.507.

<sup>44</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.

<sup>45</sup> Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

<sup>46</sup> II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

- iii) Há também os casos havidos por reprodução assistida, seja ela homóloga ou heteróloga.

Primeiramente nos casos de filhos:

- iv) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

A presunção de paternidade existente no código se limitava ao que se tinha de conhecimento técnico na época, pela simples razão de que os filhos eram concebidos no vigor do casamento. Nesses casos, “o filho concebido post mortem terá, por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social”<sup>47</sup>. É pertinente ao assunto a verificação do que dispõe os órgãos competentes para tratar desta matéria, como é o caso do Conselho Federal de Medicina, o qual, em sua resolução nº 2.168 de 2017, na seção VIII, autoriza a possibilidade da utilização da técnica de reprodução assistida *post-mortem*.<sup>48</sup> Seguindo a própria resolução e o entendimento do Enunciado nº 106 do Conselho De Justiça Federal<sup>49</sup>, é necessária autorização prévia. Existe discussões doutrinárias nos efeitos práticos desse inciso, que serão abordadas mais adiante, com um capítulo destinado a reflexão e argumentação sobre o assunto e todas as suas nuances.

Em seguida, dos filhos:

- v) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepções artificial homóloga.

O filho decorrente dessa concepção, utiliza materiais genéticos de ambos os cônjuges, que são usados para fins de reprodução humana. Nesse caso, estão presentes os mesmos requisitos do inciso anterior, no qual é necessária a autorização expressa do casal, respeitando o disposto na

---

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 511.

<sup>48</sup> 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*. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 nov. .2017.

<sup>49</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça- CNJ. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 106. Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>> Acesso em: 26 out. .2017.

resolução do CFM nº 2.168 de 2017 que faz referência de gametas e embriões criopreservados, que, por sua vez, podem ser armazenados e usados conforme destinação já estipulada entres os pacientes.

Por fim, dos filhos:

- vi) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Com a natureza socioafetiva, na inseminação artificial heteróloga, um dos cônjuges colabora com a carga genética para que seja fertilizado com a contribuição por doação de um terceiro que, mediante autorização do outro, possa ser fruto para a reprodução assistida, gerando como consequência a filiação biológica por um dos cônjuges e, por outro lado, a filiação socioafetiva. A resolução do Conselho Federal de Medicina, antes citada, prontamente esclarece os requisitos para que possam ser submetidos a essa técnica.<sup>50</sup> É ainda mais difícil legislar sobre os requisitos para que possa acontecer essa modalidade de reprodução, com relação ao reconhecimento da filiação, pois geraria grande incerteza caso houvesse possibilidade de um arrependimento posterior, ou até mesmo a má-fé de se negar a prole após realizado o procedimento.

Em se tratando da ação negatória de paternidade ou maternidade na presunção de paternidade, detém como características o caráter personalíssimo do indivíduo que pleiteia e, ainda, de modo imprescritível<sup>51</sup>, considerando os dispostos nos arts. 1.600 e seguintes, onde não é o suficiente o adultério para afastar a presunção da paternidade.

---

<sup>50</sup> I - PRINCÍPIOS GERAIS 4 - O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. 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.

<sup>51</sup> Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

### 1.3.2 FILIAÇÃO NÃO MATRIMONIAL

A filiação extramatrimonial ou não matrimonial é consequente da concepção dos filhos gerados fora do matrimônio que doutrinariamente foram divididas em:

- a) naturais, derivados dos genitores que na época não existiam quaisquer causas impeditivas de casamento<sup>52</sup>
- b) espúrios, que ao contrário dos naturais, existiam impedimentos, divididos em:
  - I. adúlteros, tanto bilateral que ambos os genitores eram já casados e, portanto, impedidos de casar-se novamente, ou até mesmo unilateral que apenas um dos lados tem algum impedimento.
  - II. incestuosos, que diante do grau de parentesco, tanto civil quanto colateral muito próximo não deveriam casar-se.

Abordarmos a definição do reconhecimento de filho, significa dizer que “o reconhecimento vem a ser o ato que declara havida fora do matrimônio, estabelecendo, juridicamente, o parentesco entre pai e mãe e seu filho.”<sup>53</sup> Esse ato declaratório é que reconhece a criação da relação familiar entre os envolvidos que dela criam consequência jurídicas pertinentes a esse ato, o que não impede o reconhecimento de nenhum tipo, como se fazia anteriormente no código civil de 1916, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos, como exemplo.

---

<sup>52</sup> Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

<sup>53</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 531.

Por isso, o código declara que ninguém poderá reivindicar estado diverso do que consta no registro de nascimento, salvo provando-se que houve erro ou falsidade do registro<sup>54</sup>.

Além disso, com o texto constitucional e demais legislação legal e infralegal, há o direito de reconhecer a filiação, qualquer que ela seja: natural, adulterina ou incestuosa, sem restrição e discriminação como manda o art. 227, § 6º da Constituição Federal.<sup>55</sup>

Reconhecer o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e pode ser exercido a qualquer tempo, ou seja, imprescritível, podendo ser exercido em face dos pais ou de seus descendentes, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça, entendendo o STJ que o princípio da dignidade da pessoa humana traz em sua essência o direito à identidade biológica e pessoal.<sup>56</sup> O reconhecimento pode ser voluntário<sup>57</sup>, podendo ser feito individual ou separadamente,<sup>58</sup> observadas as disposições legais como nos casos dos filhos maiores, nas quais é imprescindível o seu consentimento<sup>59</sup>. Uma vez realizado o reconhecimento torna-se irrevogável o ato, conforme artigos 1.609 e 1.610 do CC, o que não significa que por erro ou falsidade possa ser invalidade. Obedecendo a forma imposta pela lei, que por meio do registro do nascimento; escritura pública ou escrito particular, a ser

---

<sup>54</sup> Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

<sup>55</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à *profissionalização*, à *cultura*, à *dignidade*, ao *respeito*, à *liberdade* e à *convivência familiar e comunitária*, além de colocá-los a salvo de toda forma de *negligência*, *discriminação*, *exploração*, *violência*, *crueidade* e *opressão* § 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.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. 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.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 26 out. .2017.

<sup>57</sup> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

<sup>58</sup> Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

<sup>59</sup> Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguem à maioridade, ou à emancipação.

arquivado em cartório; por testamento e por manifestação direta e expressa pelo juiz.

Pode ser também judicial, mediante sentença que declare e reconheça a filiação, através de todos os meios existentes em direito de provas para que possa ser aduzida em direito, seja pela investigação de paternidade ou maternidade, ponderados os pressupostos legais para o ajuizamento da ação.

As consequências do reconhecimento de filho, tanto voluntária quanto judicial, dos filhos nascidos fora do casamento têm efeitos que retroagem. Segundo enumera Maria Helena Diniz, de forma didática e explicativa, são<sup>60</sup>:

- i) estabelecer vínculo de parentesco entre filhos e seus pais.
- ii) Impedir que o filho, reconhecido por um dos cônjuges, possa residir no lar do casal sem que ou outro conceda anuência.
- iii) Dar ao filho reconhecido, assistência para garantir sua subsistência mínima.
- iv) Exercer o poder de familiar.
- v) O direito a prestação de alimentos tanto ao genitor que reconhecer como ao filho reconhecido.
- vi) Equiparação aos filhos em todos os efeitos sucessórios.

### 1.3.3 FILIAÇÃO ADOTIVA

A grande maioria dos doutrinadores aborda a adoção em um capítulo à parte para explicitar todas as suas características.

A adoção não está estabelecida dentro dos critérios do matrimônio, pois tal instituto independe do estado civil do adotante, ou seja, não está adstrito ao *status* de casado, viúvo, divorciado, separado legalmente ou solteiro. Em razão disso, seus adeptos costumam estabelecê-la fora da instituição matrimonial.

De plano, cumpre esclarecer, a respeito da filiação adotiva, que está ligada a adoção, através da qual é reconhecido o vínculo jurídico entre o(s) adotante(s) e o adotado, mediante uma sentença de natureza constitutiva.

---

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 567-574.

Conforme Maria Helena Diniz<sup>61</sup>, “a adoção vem a ser o ato judicial pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha”.

Conceituam adoção, Cristiano C. de Farias e Nelson Rosenvald, como “assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração afetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo”.<sup>62</sup>

Por fim, a adoção é introduzir uma pessoa como filho no seio familiar do adotante, quer seja o indivíduo maior ou menor de idade, quer seja capaz ou incapaz. O instituto ainda é um negócio jurídico que é reconhecido mediante a uma sentença de natureza constitutiva. A adoção do sujeito independe de existência de relação parental consanguínea ou afim, desfrutando o adotado de todos os direitos e deveres consubstanciados na filiação.<sup>63</sup>

Ainda no plano da adoção, cabe destacar a filiação socioafetiva, que consiste na postura daqueles que se colocam como pais ou mães do sujeito a ser adotado, independentemente da condição biológica, quer dizer, não são genitores ou genitoras.

Impera observar que a adoção sempre estará vinculada aos interesses do adotado, não servindo de suprimento de carências do adotante, ou seja, a necessidade de atenção ou companhia. Assim, aqueles que desejam adotar devem prestar condições materiais e afetivas suficientes para o adotado.

## **2 ASPECTOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM***

Inicialmente, é importante considerar como é polêmico desenvolver qualquer trabalho referente a reprodução assistida *post mortem*, mediante a dificuldade em legislar, uma vez que definir parâmetros que possam esgotar

---

<sup>61</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 577.

<sup>62</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. Salvador: JusPodvm, 2016. p. 563.

<sup>63</sup> FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

todas as hipóteses da vida real ou por inúmeras indagações que permeiam o assunto, seja no campo jurídico, ético ou científico é impossível.

Lembrando que já existem vários projetos de leis que visam regulamentar ou alterar de forma consistente o que temos atualmente normatizando o assunto.

Além disso, é indispensável para uma melhor compreensão do assunto aprofundar os conceitos e características, com o fim de corroborar com o atendimento trabalhado pelo autor para expor seu ponto de vista a ser trabalhado nos próximos capítulos.

## 2.1 AS PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em primeiro lugar, é necessário conceituarmos o que seria reprodução assistida, que consiste em um meio eficiente capaz de satisfazer a vontade de ter filhos de um casal estéril<sup>64</sup>, fazendo uso das técnicas de reprodução humana, como por exemplos: a fecundação *in vitro*, a inseminação artificial, a transferência intratubária de gametas e doações tanto de sêmen quanto óvulos.

Os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida deverão manifestar sua concordância, assinando um formulário relativo ao termo de consentimento informado, sendo-lhes explicados os detalhes sobre as circunstâncias da aplicação e os respectivos resultados da técnica empregada, conforme previsão do item I, número 3, da Resolução nº 2121/2015 do Conselho Federal de Medicina.<sup>75</sup>

A gama de técnicas reprodutivas existentes já é bastante ampla, sendo imprescindível tratar das mais utilizadas.

### 2.1.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Um dos procedimentos mais utilizado no Brasil, a inseminação artificial, faz uso de espermatozoides coletados do esposo ou de um banco que, depois de escolhidos e preparados, são colocados no útero.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. p.19.

<sup>65</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. p.36-37.

Existe recomendações para que seja usada essa técnica para alguns casos como: a incompatibilidade ou a hostilidade de muco cervical, que nada mais é do que o muco produzido pelo colo do útero que ajuda o espermatozoide a fecundar o óvulo; a retroejaculação ou ejaculação retrógrada, que trata-se da ejaculação que ocorre de forma investida, onde o sémen, ao invés de percorrer em direção a uretra, vai de encontro a bexiga; e, por fim, oligospermia, onde a ejaculação masculina tem uma contagem menor de espermatozoides do que o normal.<sup>66</sup>

Além disso, neste processo não é garantida a efetiva fecundação do óvulo, pois apenas ocorre a inserção do esperma na cavidade uterina, onde pode o óvulo fertilizar ou não.

#### *2.1.1.1 A inseminação artificial homóloga*

A inseminação artificial homóloga ou “autoinseminação” é realizada com a inseminação do esperma provindo do cônjuge que, após coletado o material, são verificados a contagem e fertilidade, e, depois de vistos e analisados, são armazenados para utilização. Com isso, “independente da intervenção de um terceiro na intimidade do casal”<sup>67</sup>, a inseminação artificial homóloga pode ser vista como uma grande serventia com o avanço do conhecimento para ajudar à vida humana.

É recomendável, ainda, para resolver os problemas advindos de hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade.<sup>68</sup>

#### *2.1.1.2 A inseminação artificial heteróloga*

A inseminação heteróloga utiliza material genético fertilizado com a doação de um terceiro, podendo ser o sémen ou óvulo, pois existe a possibilidade de usar o esperma do marido com a doação de um óvulo (pertencente a terceiro) para que sua esposa possa gerá-lo ou que, mais comumente, a esposa possa ser inseminada com a utilização de esperma de

---

<sup>66</sup> *Ibidem.*

<sup>67</sup> *Ibidem.*

<sup>68</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. p.31-32.

um banco de doação de sémen. Essa prática “depende diretamente da ocorrência de um terceiro sujeito, ou seja, do doador.”<sup>69</sup>

### 2.1.2 FERTILIZAÇÃO IN VITRO- FIV

Na fertilização *in vitro* temos o induzimento, por meios de medicamentos, para que o ciclo menstrual da mulher possa acontecer e ser coletado para que seja inseminado. A partir dessa técnica, é possível a inseminação em outra genitora para que esta conceba ao embrião condições para se desenvolver, mesmo sem conter qualquer traço biológico do embrião inseminado.

A fertilização *in vitro*, em resumo, tem por objetivo fecundar o óvulo através dos espermatozoides fora do corpo humano; ou seja, após a coleta do material em laboratório, depois do período entre 50 a 60 horas<sup>70</sup> permite-se que o embrião possa ser introduzido no útero da reprodutora para que ele assim evolua.<sup>71</sup>

São necessários alguns procedimentos antes da fertilização, como a dosagem de hormônios para que a mulher possa liberar um quantitativo de óvulos suficientes para serem coletados e armazenados. Após essa etapa, os espermatozoides que serão utilizados na fertilização podem ser provenientes do marido ou do banco de doadores anônimos de sémen. A forma de coletar o esperma é bem simples, podendo ser no laboratório ou na residência do doador, onde posteriormente serão selecionados os melhores para serem armazenados.<sup>72</sup>

Os óvulos e os espermatozoides após coletados e selecionados, são introduzidos em um tubo de fertilização com cerca de cinquenta mil espermatozoides para que fecundem o óvulo e após um dia, surgir o embrião ou zigoto, de acordo com o lapso temporal.

---

<sup>69</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. p. 34.

<sup>70</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 30

<sup>71</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas; Edicamp. 2003. p. 29.

<sup>72</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 30.

Logo após, com a quantidade de embriões desenvolvidos, podem ser colocados no útero esperando apenas realizar testes de gravidez para confirmação, caso não ocorra, pode ser realizada uma nova colocação, pois os embriões não utilizados podem ser congelados para novas fertilizações.

A fecundação é classificada em três: homóloga, heteróloga ou mista. Na fecundação homóloga, ocorrem os casos em que os casais fornecem os materiais genéticos para que seja realizada a fertilização, onde colhe-se o esperma e o óvulo para ser utilizado na reprodução assistida.<sup>73</sup>

Na heteróloga, a fertilização só ocorre com a utilização de um material genético de um terceiro, que pode ser óvulo ou esperma. Já na fertilização mista, explica

“é entendida como uma vertente da fecundação heteróloga e consiste na realização da fecundação de uma mulher com sêmen proveniente de vários homens, entre os quais se encontra incluído o do seu parceiro, bem como a fecundação realizada com óvulos distintas mulheres, misturando aos óvulos da parceira do casal que deseja ter filhos”<sup>74</sup>

Esse método é amplamente criticado devido a utilização de materiais biológicos diversos. Apesar das críticas, essa técnica seria usada para que criasse a sensação nos pais que, biologicamente, os filhos fosse seus e que teriam seu DNA na criança, causando nos pais a sensação ainda maior de parentesco, além da afetiva.<sup>75</sup>

### 2.1.3 TRANSFERÊNCIA DE GAMETAS PARA AS TROMPAS – GIFT

É uma técnica que exige, como na fertilização *in vitro*, recolher o óvulo e o espermatozoide, ao contrário da fertilização, sendo feito de forma instantânea o seu deslocamento para as trompas que naturalmente pode ocorrer a fecundação<sup>76</sup>

Essa técnica é uma variante da fecundação *in vitro*, ou FIV, que na concepção não ocorre de forma artificial, ou seja, que o próprio organismo da

---

<sup>73</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 31.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 32.

mulher de forma natural, possa fecundar com apenas o auxílio da ciência nessa etapa que possa ter em meio as doenças que impossibilitam e o fator religioso e moral que acreditam que uma vida não pode ser gerada em laboratório.<sup>77</sup>

#### 2.1.4 TRANSFERÊNCIA DE ZIGOTO PARA AS TROMPAS – ZIFT

Ocorre com as mesmas exigências da transferência de gametas para as trompas, ou GIFT, com a única diferença de que a fecundação ocorre em laboratório. “Neste caso, a transferência é feita quando a célula fusionada possui dois núcleos”,<sup>78</sup> onde, logo em seguida, serão colocados nas trompas.

A ZIFT possui como vantagem principal a efetividade da fertilização natural no corpo humano, garantindo assim sua qualidade.<sup>79</sup>

#### 2.1.5 CLONAGEM REPRODUTIVA

A clonagem é a técnica de reprodução mais polêmica por se tratar de uma técnica que basicamente replica as mesmas características da célula original, de forma a criar uma cópia com o mesmo genoma do organismo provedor do material genético.

No país, a clonagem reprodutiva está terminantemente proibida, em algumas leis, como a lei nº 11.105 de março de 2005, mais conhecida como lei de Biossegurança Nacional, que assim dispõe “Fica proibido: [...] no inciso IV-clonagem humana. Em outro momento, constitui como crime a manipulação de células germinais humanas, como também a prática de engenharia genética”.<sup>80</sup>

Há também, a Declaração Universal de Genoma Humano e de Direitos Humanos que expressamente denuncia terminantemente que “não devem ser

---

<sup>77</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 33.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> BRASIL. Lei nº 11.105 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42)> Acesso em: 26 out. 2017.

permitidas práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem reprodutiva de seres humanos...”<sup>81</sup>

## 2.2 A UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO *POST MORTEM*

Importante abordarmos o marco inicial das discussões sobre reprodução assistida *post mortem*. Em meados de 1984, Corine Richard e Alain Parpallaix se apaixonaram e passaram a conviver juntos. Algum tempo depois, o jovem descobriu que estava com câncer nos testículos e antes de se sujeitar a quimioterapia, que tem como uns dos efeitos a esterilidade, contratou uma clínica para que coletassem seu sêmen para eventual utilização.<sup>82</sup>

Os jovens contraíram matrimônio nos últimos instantes de vida de Alain que, após alguns dias, veio a falecer. Mais adiante, a jovem viúva compareceu a clínica para ser feito o procedimento de inseminação utilizando os espermatozoides do seu cônjuge falecido. No entanto, a clínica negou o pedido, justificando omissão da legislação.<sup>83</sup>

Não contente, Corine recorreu ao Tribunal francês que discutiu a titularidade das células e a existência do contrato de guarda que devolveria o esperma, argumentado que o material genético de uma pessoa falecida não era possível comercializar e que, ainda naquele momento, na França, não existia lei que autorizasse a inseminação após a morte.<sup>84</sup>

Após um exaustivo embate, o Tribunal de Grande Instância condenou a clínica para que devolvesse a jovem o material genético requerido, concluindo que o contrato teria a natureza “*sui generis*” e, além de conservar, teria que

---

<sup>81</sup> Artigo 11 Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração. UNESCO- Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. *Declaração Universal sobre o genoma humano e os Direitos humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em: 26 out. 2017.

<sup>82</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.p. 232-235.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.p. 232-235.

devolver para quem tivesse o direito de reaver, mas infelizmente o procedimento de inseminação não logrou êxito<sup>85</sup>

Todavia, com o avanço da tecnologia e da ciência, é possível se falar nos tempos de hoje em conceber um filho, mesmo que após a morte, referindo-se aos que contribuíram geneticamente para serem considerados “pai” ou “mãe”. Isso graças ao congelamento de gametas, podendo ser tanto do pai, como o sémen, quanto da mãe, congelando os óvulos.<sup>86</sup>

Em ambos os casos, é possível a utilização das técnicas de reprodução assistida vistas no subcapítulo anterior. Pode-se utilizar do óvulo após recorrer a uma fertilização *in vitro* e, em seguida, transferir para o útero de uma mulher que possa gerar o embrião,<sup>87</sup> no caso do sémen, ocorre de forma semelhante ao óvulo, ou ainda, fertilizar o óvulo com um espermatozoide e posteriormente realizar a inseminação.

Como existe a possibilidade, como descreve brilhantemente Juliana Frozel de Camargo, que “ambos tenham falecido e deixado o embrião criopreservado neste caso, seria uma transferência de embrião *post mortem*, visto que o embrião está “pronto” e terá que ser implantado no útero de uma mulher para”<sup>88</sup> que possa concebê-la.

É com essas e outras possibilidades que devemos pensar em uma resposta eficiente para solucionar os problemas existentes na prática para o mundo jurídico, em outras palavras, “o direito não pode se afastar da verdade científica”<sup>89</sup>. Pois, nesses casos, “os vínculos serão determinados pela verdade moral, reflexo do consentimento, a qual coincidirá com a verdade biológica”<sup>90</sup>, podendo ser confirmado com um simples exame de sangue.

---

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 132.

<sup>87</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 133.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227.

<sup>90</sup> CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução Humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003. p. 134.

### 2.3 APLICAÇÃO PRÁTICA DA LEI E LIMITES JURISPRUDENCIAIS

As técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* não estão previstas em nosso ordenamento jurídico, com a exceção do art. 1.597, inciso III do Código Civil de 2002, que pressupõe a presunção de paternidade aos que são concebidos após a morte do seu progenitor. Dessa forma, os laboratórios e clínicas, que são especializadas em reprodução se respaldam, em normas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, que são responsáveis por disciplinar sobre o assunto.

Em nosso país, até o momento, não existe legislação própria que diz respeito à reprodução assistida (RA). Há, no Congresso Nacional, diversos projetos que tratam da matéria, mas ainda nenhum deles chegou a termo. Sobre os projetos de lei em tramitação, serão abordados com mais detalhes no item 4.3, que diz respeito exclusivamente às proposições em andamento.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) é o responsável por agir em defesa do aperfeiçoamento das práticas e cumprimento dos princípios éticos e bioéticos, que auxiliam a trazer garantia e segurança aos diversos tratamentos médicos nessa área.

Por isso, foi publicada recentemente a resolução nº 2.168 de 2017 que revogou expressamente a antiga resolução nº 2.121 de 2015. Mas, manteve em seu escopo, no dispositivo VIII, referente a reprodução assistida *post mortem*, que dispõe: “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”<sup>91</sup>

Dessa forma, torna expressa a questão da indispensabilidade de autorização expressa do titular para que se possa fazer uso do material genético após a sua morte que, na leitura do item acima, abrange material biológico de ambos os sexos, deixando a matéria pacífica e incontestável.

Mas o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil dispõe que: “presume-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação

---

<sup>91</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 nov. .2017.

artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”<sup>92</sup>, não existindo qualquer autorização do *de cuius*, para que seja feito uso do material genético.

No entanto, o Enunciado nº 106 da I jornada Direito Civil, adiciona ao referido dispositivo, que:

para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte<sup>93</sup>

Nesse mesmo entendimento, Maria Helena Diniz, concorda que a inseminação *post mortem* só poderá ser usada “se houver anuência do marido, neste sentido em instrumento público ou testamento”<sup>94</sup>, deixando obrigatória e explícita a anuência do titular para que o material coletado possa ser concedido, a quem por direito pertencer, companheira ou esposa, evidenciando que, de fato, era o desejo do *de cuius*.

Silmara Chinelato defende que a fertilização *post mortem* compreende os direitos de personalidade do doador do gameta criopreservado, no qual, inexistindo expressa manifestação do desejo do falecido em relação a fazer uso do seu material genético após a sua morte, e que não haveria outros meios de se presumir essa vontade pela paternidade *post mortem*, em que nesses casos o sêmen deve ser descartado.<sup>95</sup>

Porém, de forma contrária ao entendimento acima sobre o assunto, Maria Berenice Dias descreve que:

“o uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter a técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do

<sup>92</sup>BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. 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: 26 out. .2017.

<sup>93</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados de Direito Civil. Enunciado nº 106 - Art. 1.597, inc. III. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 11 fevereiro de 2018.

<sup>94</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122.

<sup>95</sup> GOMES, Gabriela Seabra Mendes. “A reprodução assistida homóloga post mortem e as implicações jurídicas desencadeadas no âmbito do direito sucessório”. Monografia(Direito). Uniceub. Brasília, 2015. p. 21.

consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*.<sup>96</sup>

Ou seja, a Autora se posiciona no sentido de que, uma vez que a vontade de ter filhos ou constituir sua própria descendência já ficou explícita a partir do instante em que o indivíduo realizou a coleta do sêmen, o que causa a dispensa do consentimento formal do *de cuius*.

Visto que esse entendimento gera discussões na doutrina, no que diz respeito à necessidade ou não do consentimento expresso do titular para que se possa fazer uso posterior como forma de fertilização, após a morte do titular, buscando os fins reprodutivos, temos que analisar as posições contrárias também no âmbito dos Tribunais e seus julgadores.

A exemplo, temos como base a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma. O caso ocorreu na 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), na comarca de Curitiba, onde foi concedida uma liminar favorável à solicitação de K.L (Kátia Lenerneier), professora, com 38 anos de idade, que perdeu o cônjuge, vítima de câncer, para que pudesse gerar um filho com o sêmen criopreservado do *de cujos*.<sup>97</sup>

Kátia era casada com o contador R.J.N., que tinha 33 anos de idade e cinco anos de matrimônio. Até o diagnóstico da grave doença, no início de 2009, tentavam engravidar de forma natural. Por indicação médica, o cônjuge congelou sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, pois teria grandes chances de se tornar estérreo.<sup>98</sup>

O marido não resistiu e veio a falecer, após a sua morte, a esposa procurou o laboratório onde o esperma dele tinha sido congelado, mas foi informada de que não poderia utilizá-lo por não haver um consentimento prévio do marido liberando o uso do material após a sua morte, pois o falecido não teria deixado nenhuma disposição de última vontade, autorizando o uso do seu sêmen após a sua morte.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123.

<sup>97</sup> JORNAL DA ORDEM. Justiça do PR autoriza mulher a usa sêmen de marido morto. Jornal da Ordem. Disponível em: [http://www.jornaldaordem.com.br/noticia\\_ler.php?id=17809](http://www.jornaldaordem.com.br/noticia_ler.php?id=17809). Acesso em: 27 set. 2015.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

No processo, as advogadas da viúva argumentaram que era possível presumir a vontade do falecido, baseando-se em depoimentos dos amigos e familiares.<sup>100</sup>

Em meados de 2010, a professora obteve sucesso no procedimento, vindo a engravidar, em junho de 2011, e nasceu Luíza Roberta, filha do casal.

101

Nasceu anteontem, em Curitiba, Luiza Roberta, o primeiro bebê brasileiro gerado com sêmen do pai morto. A mãe, Katia Lernerneier, 39, obteve em maio de 2010 autorização inédita da Justiça para inseminação artificial com o sêmen do marido, morto em fevereiro de 2010. Roberto Jefferson Niels morreu de câncer, aos 33 anos. Ele e Katia, casados havia cinco anos, tentavam engravidar havia três. Com a morte de Niels, ela quis dar continuidade ao plano. A inseminação com o sêmen armazenado, porém, não foi autorizada pelo laboratório nem pelo Conselho Regional de Medicina, pois não havia consentimento prévio de Niels. Como não há lei sobre o tema no país, temiam uma infração ética. Após a decisão da Justiça, que considerou ser possível presumir a vontade do marido, Katia fez três tentativas de inseminação até conseguir engravidar, em outubro - oito meses após a morte. “Ela veio para fazer um novo começo na minha vida”, afirmou Katia, que disse que Luiza Roberta é “muito parecida” com o pai. Em janeiro, o Conselho Federal de Medicina definiu que não é infração ética fazer inseminação “post mortem”, desde que haja autorização expressa do genitor morto. O caso acelera o debate ético e jurídico sobre a reprodução póstuma no Brasil. [...] Para os advogados, será importante a Justiça brasileira decidir se uma prova testemunhal da família, atestando que a paternidade era desejo do morto, poderá substituir uma autorização formal.<sup>102</sup>

OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001 – KATIA ADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E ANDROLOGIA – “(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lernerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora Publique-se. Registre-se . Intimem-se.” Advs. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANA SZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> G1. Paraná. *Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>102</sup> FOLHA. Uol. *Nasce 1º bebê do país gerado com sêmen de pai morto*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2206201114.htm>> Acesso em: 27 março 2018.

<sup>103</sup> JUSBRASIL. Diário de Justiça do Estado do Paraná (DJPR) de 26 de abr. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

Em contrapartida, no julgamento no dia 03 de outubro de 2014, por meio do acórdão nº 82083, da 3ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios- TJDF, entendeu que a simples guarda do material genético não implica em autorização tácita, cabendo, portanto, uma manifestação expressa da vontade do falecido em permitir a inseminação *post mortem*, pois entendeu que violaria o princípio da autonomia da vontade do *de cuius*. Esse foi o entendimento majoritário dos desembargadores.

Em contraponto, os desembargadores, que tiveram seus votos vencidos, entenderam que a realização de um contrato para o recolhimento e o armazenamento do material genético, para ser usado posteriormente, caracteriza a vontade implícita em fazer eventual inseminação artificial, considerando que, uma pessoa que realiza essa ação teria no mínimo a pretensão de ter filho.

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - 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 (grifo nosso)<sup>104</sup>

Em resumo, a viúva ajuizou ação declaratória constitutiva em face de uma clínica de congelamento, pretendendo que fosse admitido o seu direito à

<sup>104</sup> BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação de Conhecimento. Acórdão nº 820873 referente ao processo de nº 20080111493002APC. 3ª Turma Cível. Segredo de Justiça. Relator(a): Nídia Corrêa Lima. Relator Designado(a): Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 03, de ago. de 2014. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=820873>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

remoção e utilização do material genético de seu falecido cônjuge para que fosse realizada a inseminação artificial homóloga.

No caso em questão, infelizmente não foi possível a inseminação, sendo alegado, como grifado acima, que diante da falta de disposição legal expressa na época, não poderia ser presumido o consentimento do falecido, estabelecendo que pelo princípio da autonomia da vontade condiz com a manifestação de forma expressa da sua vontade, o que não foi observado.

### **3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS QUE NORTEIAM A QUESTÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM***

No capítulo anterior, vimos que no atual ordenamento jurídico brasileiro não existe uma consolidação de leis que estabeleçam um código próprio voltado às questões jurídicas da reprodução assistida e todos os seus ramos. Dessa forma, apesar de não termos uma “Constituição” contendo todas as leis referentes ao assunto em uma única proposição, os operadores do direito não podem desviar-se do dever de examinar qualquer caso dos nascidos pela via de técnica de reprodução assistida póstuma, tendo que elucidar todas as normas constitucionais que tenham relação com a temática, como são os exemplos: o princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade entre filhos; princípio do melhor interesse da criança; princípio da solidariedade familiar; princípio da autonomia dos indivíduos ao planejamento familiar; que serão analisados adiante.

Neste capítulo, vamos adentrar de maneira mais ampla aos princípios que se aplicam, conduzem e fundamentam a realização da reprodução humana assistida post mortem. Ademais, é apresentada a razoabilidade do uso do método da reprodução humana assistida, correlacionando com os direitos fundamentais e outros, no que diz respeito dignidade da pessoa humana, à procriação e ao planejamento familiar.

Destarte, é importante destacar que a Carta Magna aflora todos os princípios passíveis de aplicação ao Direito das famílias e todas as suas vertentes, como é o caso dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, do planejamento familiar, do melhor interesse da criança,

autonomia do indivíduo, dentre outros que serão abordados nessa parte, evidenciando a melhor compreensão do assunto exposto.

É importante, para qualquer assunto desenvolvido no Direito, abrangermos uma parte para estudo dos princípios, pois são os princípios que fazem com que tenhamos maior compreensão da razão de existir de determinado instituto, ajudando na ponderação e aplicação da norma ao caso concreto.

### 3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elencado de forma expressa no texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se no rol dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, onde deixa bem clara a intenção do constituinte na proteção do indivíduo como detentor de direitos e deveres em todas as instâncias possíveis.

A declaração universal dos Direitos Humanos foi incorporada na Constituição, de forma expressa, trazendo em seu texto todas as garantias inerentes ao ser humano. No artigo 1º da constituição federal de 1988, inciso III, é consagrado o princípio fundamental da dignidade humana.

Nesse sentido, a pessoa humana é a ideia central do ordenamento jurídico e valor fonte de todas as normas jurídicas. Todas ações e manifestações são ordenadas com o fim de proteger o homem. Deste modo, inferindo-se, a partir deste conceito, o poder constituinte, na carta magna, fundamentou no artigo 226, §7º, o planejamento familiar e a paternidade responsável.

É nas fases mais iniciais da vida que a criança menor começa a formar a sua personalidade e a se desenvolver a nível mental e físico. Feitas estas considerações, já no artigo 227, é prescrito que é dever do Estado, da família e da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o axioma da dignidade da pessoa humana, visando concretizar o direito à vida, à saúde, à alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, à convivência familiar

e comunitária, além de pôr a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>105</sup>

O idoso também é amparado pela constituição federal, no artigo 230. Assim, o Estado, a família e a sociedade devem resguardar a sua participação na comunidade, a defesa da sua dignidade, bem-estar e o seu direito à vida.<sup>106</sup>

Como elenca Rolf Madalena, ao citar Ana Maria Viola de Sousa, “o Estado se atribui a responsabilidade de defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, contudo, por absoluta carência de recursos materiais necessários à política de assistência, não está logrando êxito na sua função, devendo ser repensada a proposição de reinserção do idoso na sociedade, como cidadão produtivo e útil”. Destaca também, Rolf Madalena, ao citar Beatriz Helena Braganholo, refletindo sobre o impacto da constituição sobre o direito da família brasileira ao sentenciar que: “O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito civil”.

O direito de família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade da pessoa humana e, deste modo, promove a sua ligação com todas as outras normas, ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, está a assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.<sup>107</sup>

Portanto, todas as esparsas disposições pertinentes ao direito das famílias devem ser focadas sob a luz do direito constitucional. Desta feita, a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa.<sup>108</sup>

### 3.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS INDIVÍDUOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Este princípio tem como base a livre capacidade de escolha em constituir uma família, seja pelo matrimônio ou união estável, sem a

---

<sup>105</sup> MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 45.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 46.

<sup>108</sup> *Ibidem*.

possibilidade de qualquer pessoa de direito público ou privado, impor ou restringir na decisão do casal,<sup>109</sup> em sua constituição; em seu planejamento familiar,<sup>110</sup> que compete ao Estado apenas proporcionar meios para efetivação desse direito; no convívio conjugal; além da livre escolha da formação patrimonial familiar;<sup>111</sup> como também, de optar pelo regime matrimonial a ser estabelecido;<sup>112</sup> e, por fim, na livre escolha do padrão educacional, religioso, filosófico, cultural que formação seus filhos<sup>113</sup>, respeitando-se a integridade física, psicologia e moral de todos os entes da família.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. 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>110</sup> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Enunciado 99 da jornada.

<sup>111</sup> Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647; II - administrar os bens próprios; III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647; V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente. Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro: I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica; II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

<sup>112</sup> Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

<sup>113</sup> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>114</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

### 3.3 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

À medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana e do planejamento familiar efetua o direito a procriação, o princípio da paternidade, por sua vez, apresenta obrigações próprias.

Por consequência, exige dos pais dedicação e participação durante todo o período de desenvolvimento físico, de formação cultural e moral da criança e do adolescente. Essa orientação determina especificamente aos pais o dever de propiciar aos filhos uma assistência moral e material que são necessárias. Caso os pais não respeitem esse princípio, poderão ser responsabilizados pelos crimes tipificados no código penal referentes ao abandono material e intelectual.<sup>115</sup>

### 3.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE FILHOS

A Constituição adotou no art. 227, §6 da CF ,e posteriormente o Código Civil nos artigos 1.596 a 1.629, que não há distinção de filhos legítimos, naturais e provenientes de adoção, em qualquer que seja sua esfera em relação ao nome, alimentos, sucessão, poder de família; ou algum meio que proíba a possibilidade de reconhecer os filhos havidos fora do matrimônio; e ainda proíbe nesses casos, que tenha qualquer descrição na certidão de nascimento que faça menção discriminatórias referentes à filiação.<sup>116</sup>

### 3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Um dos princípios mais importante a ser abordado neste capítulo é o referente ao melhor interesse da criança foi consagrado pela Constituição da República federativa do Brasil, no art. 227 que já abordamos em outras ocasiões que dispõe:

---

<sup>115</sup> GOMINHO, Leonardo Barreto; FERRAZ, Ana Angélica. *Inseminação artificial “post mortem”: o direito de suceder do nascituro após o prazo estabelecido à prole eventual*. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56653/inseminacao-artificial-post-mortem-o-direito-de-suceder-do-nascituro-apos-o-prazo-estabelecido-a-prole-eventual>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

<sup>116</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

As garantias constitucionais fundamentais, no referido artigo acima, já estão asseguradas para todos em virtude de outro princípio já abordado nesse capítulo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, verifica-se que o legislador originário procurou destacar que deve ser sempre imputada maior atenção em relação à proteção das crianças, adolescentes e jovens, porque eles ainda estão na formação da personalidade do indivíduo, nas palavras de Rolf Madaleno que nessa fase “*estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental*”.<sup>117</sup>

Não satisfeito com a proteção existente na Constituição, o princípio da dignidade também se encontra no Estatuto da Criança e da Adolescência:

**Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.  
**Parágrafo único.** A garantia de prioridade compreende: **a)** primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; **b)** precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; **c)** preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; **d)** destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Esse princípio tem como objetivo principal o melhor interesse da criança, garantindo aos menores, reconhecer como sujeito de direitos e guiá-los até a maioridade de forma consciente, e para que no futuro possam fazer uso de todos os direitos fundamentais.

### 3.6 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Encontra-se no art. 1.511 do Código Civil esse princípio que é tão importante para compreensão do Direitos das famílias. No próprio artigo é

---

<sup>117</sup> MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 40.

afirmado que o casamento estabelece comunhão plena de vida, o que, primeiramente, interpreta-se também na união estável ou qualquer outra forma de sociedade familiar, de forma que a convivência é essencial para a identificação dessa união, tão fundamental que, se retirada do casamento, perde a razão de existir.

A solidariedade é primordial em todas as relações familiares e afetivas, pois é como se fosse uma base de sustentação para que se possa construir e desenvolver a reciprocidade, compreensão e cooperação que são encontradas em uma família, devendo sempre auxiliar e ser o suporte nos momentos de dificuldade.<sup>118</sup>

O código civil já regulamenta a assistência mútua, em seu art. 1.566, inciso II, válidos para casamento e união estável, o que nos faz observar outro aspecto importante para compreender este princípio, e que, fora o dever de assistência material, é basilar a assistência imaterial entre os conjugues e conviventes, a convivência une a comunhão espiritual nos momentos alegres e tristes, nas experiências que são vivenciadas no dia a dia, na vida em conjunto.<sup>119</sup>

Para Regina Beatriz T. da Silva Papa dos Santos, a obrigação de assistência espiritual leva aos conviventes “a recíproca, prestação de cuidados, atenção, colaboração e apoio de ordem física e moral nas fases críticas ocasionadas por enfermidades, pela idade avançada, por questões de caráter familiar, profissional, financeiro, como também, não momentos felizes do cotidiano”.<sup>120</sup>

#### **4 DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO**

Por fim, o capítulo que tem como objetivo tratar do tema proposto para responder todas as indagações pertinentes ao assunto.

Como foi visto nos capítulos anteriores, foi preciso fazer uma abordagem em temáticas específicas para esclarecer alguns pontos, tal como o

---

<sup>118</sup> MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.93.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.94.

primeiro capítulo, que tem como missão esclarecer o conceito do que seria *filiação*, desenvolvendo uma introdução sobre as mudanças do instituto ao longo de mais de cem anos, com o recorte temporal desde 1916 até os dias atuais, com a intenção de explicar como se deu as diversas transformações do reconhecimento da filiação no direito brasileiro. Ainda referente a primeira parte, continuamos com a classificação doutrinária, que diversos doutrinadores utilizam para explicar a filiação. As classificações mais comuns são entre: filiação matrimonial, filiação não matrimonial e filiação adotiva. Para que o leitor possa entender, de modo amplo e didático as diferenças alusivas a filiação.

O segundo capítulo trata da abordagem científica sobre a reprodução assistida, detalhando de forma simplificada as principais formas de reprodução humana atuais, para que possam ser entendido o foco e o viés jurídico em cima do instituto. Nesse capítulo são tratadas: a inseminação artificial, homóloga e heteróloga; fertilização *in vitro*; transferências de gametas e zigoto e clonagem reprodutivo, sendo explicadas de forma simples para facilitar a compreensão de um assunto tão técnico e complexo que é a reprodução humana. Ainda, temos alguns exemplos da utilização dessas técnicas no Direito Brasileiro, casos práticos que tomam como base a teoria, trazendo a realidade para o mundo jurídico.

Por sua vez, o terceiro capítulo é dedicado aos princípios que são aplicados a reprodução assistida *post mortem* e tem como base os princípios que norteiam a aplicação da norma ao caso concreto, como os já citados: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da autonomia dos indivíduos ao planejamento familiar, princípio da paternidade responsável, princípio da igualdade entre filhos, princípio do melhor interesse da criança e princípio da solidariedade familiar.

Para compreender melhor este capítulo, precisamos realizar algumas perguntas para que sejam respondidas ao longo desse assunto. A primeira questão que deve ser respondida, a priori, é sobre a possibilidade do reconhecimento da filiação nos casos de reprodução assistida *post mortem*. Em seguida, quais os casos previstos em lei? E quando tratar-se de reprodução assistida homóloga? E quando for pela reprodução assistida heteróloga? Em quais hipóteses são possíveis? Quais são os requisitos? Existe omissão legislativa?

#### 4.1 POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

É evidente a lacuna no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à reprodução assistida homóloga *post mortem*, pois o material genético retirado do cônjuge para ser exclusivamente utilizado após a sua morte, dessa forma, possibilitando a continuidade de preservar a capacidade produtiva de uma pessoa que acredita na probabilidade da perda dessa fertilidade, não sendo possível a fertilidade, ou seja, perdendo na condição de indivíduo de poder reproduzir-se, em razão de diversos fatores, como doenças graves ou baixa expectativa de vida.

Esse é o momento destinado a proporcionar a harmonização dos princípios e as proteções constitucionais que sustentam o reconhecimento da filiação por inseminação artificial *post mortem*, sendo que o art. 1.597, inciso III, do Código Civil, presume a filiação, apesar da omissão legislativa referente aos efeitos dessa presunção.

A presunção, como elenca Mônica Aguiar ao citar Vittorio Italia é:

uma operação lógica pela qual, de um ato ou fato conhecido, se chega a um ato ou fato ignorados, se aproximando do indício, mas do qual se distingue, basicamente, porque na presunção há uma expectativa de repetição de uma experiência, uma ideia antecipada do que provavelmente pode ocorrer.<sup>121</sup>

Ao determinar uma presunção, o juiz ou legislador deve apreciar qual efetivamente vai ser a melhor escolha a se fazer, levando em consideração as experiências adquiridas com o que já aconteceu, de encontro com o que resta alguma dúvida, pretendendo alcançar um certo nível de segurança jurídica às relações sociais.

Em outras palavras, por intermédio da presunção, o operador do direito, soluciona o caso prático em virtude de uma possível ocorrência, considerando como verdadeiro e equivalente direito como consequência de um fato anterior. Ainda sobre presunção, existe duas classificações: a primeira,

---

<sup>121</sup> AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 58-59.

*juris et de jure*, que significa necessária ou absoluta, na qual não cabe qualquer produção de prova em contrário; e a segunda, *juris tantum* ou *verisimilis artificialis*, relativa, que admite que sejam produzidas provas em contraditório. Em resumo, “a presunção pode ser entendida como uma ‘verdade’, aprioristicamente estabelecida pela lei”, de forma que é terminantemente proibido ao Poder judiciário o distanciamento da presunção legal, pois dessa forma infringiria a sua própria competência.<sup>122</sup>

Neste contexto, vamos adentrar a presunção de concebidos na constância do casamento ou união estável, do que trata o artigo 1.597 do Código Civil,<sup>123</sup> dos incisos referentes ao nosso tema, em que se presumem concebidos, na constância do casamento ou união estável, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga *post mortem* e os havidos a qualquer tempo, tratando-se de embriões excedentários.

Vamos relembrar o conceito de reprodução assistida homóloga, constante no segundo capítulo, no qual a reprodução homóloga é aquela efetuada com material genético provindo do próprio casal, ou seja, o sêmen do cônjuge com o óvulo da esposa para que seja realizada em algum dos procedimentos existentes de reprodução humana.

Nessas hipóteses, Guilherme Calmon Nogueira da Gama descreve que na existência de técnicas de reprodução assistida homóloga, o fundamento crucial, com relação ao vínculo entre pai e filho, é, sem dúvidas, a proveniência biológica, sendo que a fraternidade, o parentesco se constitui, já que, no campo da relação de consanguinidade, é presumido, visto que a fecundação ocorreu durante o casamento ou até mesmo nos prazos estabelecidos pela lei. Levando em consideração que a presunção de paternidade se estabelece de forma automática, a partir do nascimento com vida.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> AGUIAR, Mônica. Direito à Filiação e Bioética. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 60-61.

<sup>123</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - *havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*; IV - *havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga*; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>124</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. 727.

A lei prevê nesse caso o uso do material genético masculino, mas em nada fala da possibilidade de uma mulher, não podendo gerar filhos, armazenar seu material genético, para uso posterior em uma técnica de reprodução humana; nem tampouco, da utilização após a morte. Visto que, com o avanço das técnicas de reprodução assistida, o princípio antes da *mater semper certa est* poderá ser atualizada, pois pode ser verificado com três referências diferentes: como a biológica, sendo aqui defendida em razão dos princípios pertinentes ao assunto; gestacional e afetiva.

Poderia o companheiro, mediante a possibilidade de uma barriga solidária, utilizar o material congelado, caso não tivesse sido fertilizado, colher o sêmen para realizar essa fertilização junto ao material genética da esposa morta para procriar sua descendência? Ainda não temos previsão legal em nosso ordenamento jurídico, determinando para a solução adequado análise do caso concreto para que fosse reconhecido ou não a filiação dessa mãe póstuma.

Vem aumentando enormemente a solicitação de uso deste sêmen em caso de morte do homem, pela viúva ou pelos pais do morto. Por outro lado, no caso de haver embriões congelados e ocorrer a morte de um dos cônjuges, às vezes o outro solicita autorização para transferência destes embriões; no caso de morte da mulher, o marido tem-se proposto a indicar quem gestará a criança. Apesar de ter ocorrido no passado, é inaceitável a coleta de sêmen em casos de coma ou morte por solicitação de familiares.<sup>125</sup>

Em relação ao inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, já citamos a incidência do Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil, que dispõe que a paternidade somente será presumida quando a mulher estiver na condição de viúva e quando houver autorização por escrita do *de cujos*.

Outro ponto importante para ser observado na presunção de paternidade, mencionada no art. 1.597 do Código Civil, e que no texto legal, é que faz referência apenas ao casamento, excluindo, portanto, a união estável. Dessa forma, compreende Paulo Lôbo que o entendimento adequado às circunstâncias, embora a disposição legal mencione apenas “à constância do casamento”, essa presunção deve ser utilizada de forma igualitária à união

---

<sup>125</sup> TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*. Porto Alegre: Revista AMRIGS, 2002.

estável, em virtude da equiparação constitucional de ambos os institutos.<sup>126</sup>, levando em consideração a observação ao previsto no art. 1.597, inciso II, do Código Civil, no qual estabelece “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal”, nos casos de reprodução homóloga, após o falecimento do companheiro ou esposo, pode ser superior a esse tempo, preservando, ainda sim, a presunção da paternidade.<sup>127</sup>

Diante de tantos questionamentos, é admissível e razoável consentir com alguém que queira ser pai/mãe após a morte ou ainda presumir essa aceitação?

Mencionado questionamento deve ser examinado mediante o caso concreto, não havendo uma resposta padrão ou genérica.

#### 4.1.1 DA AUTORIZAÇÃO

O dispositivo da Resolução do Conselho Federal de Medicina, observa a necessidade de autorização por escrito, “É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que **haja autorização prévia específica do(a) falecido(a)** para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.”<sup>128</sup> Admite, dessa forma, a possibilidade de utilização do material genético de pessoa falecida, observando a vontade de ser pai ou mãe.

Além disso no item V, nº 3 da citada resolução descreve que “momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, **por escrito**, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

No exemplo citado no capítulo dois, item 2.3 *Aplicação prática da lei e limites das jurisprudências*, descrevendo a decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba(PR), que concluiu pela antecipatória, que autoriza a parte ré, a clínica de reprodução humana, a realizar o procedimento de inseminação artificial na

---

<sup>126</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI. p. 51.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 nov. .2017.

autora com o sêmen do seu falecido esposo, sem autorização por escrito.<sup>129</sup> Por meio do princípio da autonomia dos sujeitos, um dos tópicos presente no capítulo anterior, e que é possível o uso do material genético do falecido para fins de procriação, o magistrado entendeu que a prova testemunhal, corroborando com a vontade do falecido, prevaleceu e foi considerável para substituir a autorização por escrito.

Temos posições contrárias a esse entendimento, onde Lôbo compreende que, caso não tenha essa autorização, não poderá a viúva, de nenhuma forma, reivindicar que a clínica responsável pela guarda do material genético lhe entregue para que possa ser aplicado em uma auto inseminação, levando em consideração que a paternidade precisa ser consentida. Entende-se, nesses casos, que o uso do sêmen, sem o seu o seu consentimento, “deve ser equiparado à do doador anônimo, o que não implica em atribuição de paternidade”<sup>130</sup>

Há também posicionamento contrário ao uso da técnica de reprodução assistida póstuma, argumentando, para isso, que a reprodução humana deve ser utilizada com o propósito de projeto parental e que esse objetivo não estaria de acordo no caso de uma reprodução *post mortem*, pois prevalece o interesse da viúva que a utilização da técnica procura um meio de ressuscitar o falecido.<sup>131</sup>

A partir do exposto, surge um questionamento: existe direito à reprodução após a morte? Esta possibilidade deve ser confrontada com a problemática da concepção/nascimento de uma criança sem pai ou sem mãe. Se era desejo do casal ter filhos e se o procedimento é “pró-vida” parece eticamente aceitável. Porém, estando a criança fadada a nascer órfã de pai, isto não feriria o princípio da não maleficência? Outro aspecto é que se a motivação do cônjuge restante em gerar esta criança for para preencher o espaço deixado pelo parceiro ou por motivos financeiros relacionados à herança, o filho está sendo buscado como um meio e não um fim, o que fere a dignidade do ser humano.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto, Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI p. 51.

<sup>131</sup> MORAIS, Milena Miranda. *A legitimidade sucessória dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida post mortem*. 70. Monografia – Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2011.

<sup>132</sup> TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*. Porto Alegre: Revista AMRIGS, 2002.

Contudo, a nossa Carta Magna, em seu art. 226, §4º, admite como entidade familiar a comunidade constituída pelos pais e seus descendentes. Desse modo, como é admitido utilizar uma das técnicas de reprodução humana heteróloga, na qual qualquer mulher solteira pode com o intuito de constituir família monoparental, nesse caso, ter um filho cujo o pai biológico sequer pode ser identificado, não tem qualquer fundamento negar a pessoa legitimamente interessada a possibilidade de usar o sêmen do *de cuius*, na técnica de reprodução assistida *post mortem*, desde que exista prova da manifestação da vontade em constituir família. Maria Berenice, diversas vezes descreve que na concepção homóloga não se pode reconhecer que o fim da vida opere a revogação do consentimento e possa determinar a destruição do material genético que se encontra conservado. O plano parental teve início durante a vida, o que mais que justifica e legaliza a legítima inseminação *post mortem*<sup>133</sup>.

Por fim, concluir pela possibilidade do reconhecimento da filiação nos casos de reprodução assistida homóloga *post mortem*, observando os argumentos expostos acima, verificando a manifestação de vontade da pessoa falecida quando em vida, que no entendimento do autor desse trabalho, poderia ser realizada de forma expressa ou tácita, analisando e admitindo todos os meios de provas admitidos em direito.

#### 4.2 POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA *POST MORTEM*

Para compreendermos este tópico é necessário fazer uma breve recapitulação ao capítulo destinado das técnicas de reprodução assistida, com a finalidade de trabalhar nesse momento o conceito de reprodução assistida heteróloga.

Denomina-se heteróloga o uso de material genético fertilizado com a doação de um terceiro, podendo ser o sêmen ou óvulo, pertencentes a terceiros da relação, lembrando que pode ser matrimônio ou união estável.

Cabe ressaltar que o art. 1.597, inciso V, do Código Civil Brasileiro, traz a presunção de filiação nos casos de reprodução assistida heteróloga, desde que exista a autorização do marido *ou companheiro*, para a utilização do

---

<sup>133</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117.

sêmen doado, in verbis: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Mais uma vez contamos com a omissão legislativa sobre a possibilidade em filiação *post mortem* advindo de reprodução assistida. Fica um pouco mais difícil, nesses casos, a comprovação que de o *de cujus* tinha a vontade de ter filhos, seja por livre opção ou causas por doenças que impossibilite a fertilização. Cabe ressaltar que o código não trata da possibilidade de doação de um óvulo para que seja realizada uma fertilização nos moldes do que acontece com o sêmen.

Entende-se por inseminação artificial heterológica que trata-se de um procedimento de reprodução assistida que compreende na introdução do sêmen de um doador (banco de doação) no canal vaginal. Nos casos de se tratar de mulher casada, a inseminação será realizada com material genético diverso ao do marido.

É preciso fazer uma pequena explicação sobre essa peculiaridade existente no procedimento heterológico que, por muito tempo, o vínculo de paternidade foi fundando como resultado do ato sexual entre um homem e uma mulher. Por isso, determinava que o pai era quem matinha relações sexuais com a mãe na época da concepção. Foi o que permaneceu por muito tempo, até o advento das técnicas de reprodução humana, que pode desassociar a concepção do coito sexual.

Nesse momento científico e histórico, é possível o sexo sem necessariamente ter filhos, devido aos variados métodos contraceptivos que permitem a escolha de sua geração e por meio da reprodução humana. Nesse sentido, afirma Eduardo de Oliveira Leite:

No processo natural de procriação, a criança só pode nascer do encontro carnal de seus pais. A premissa se relativiza desde o instante em que se considera a procriação artificial. A inseminação artificial dissocia a sexualidade da reprodução, no momento em que reconhece a utilização de gametas estranhos ao casal. O vínculo natural e jurídico do filho com seu pai e mãe, não mais pode depender exclusivamente da procriação "nupcial", ou "matrimonial". A

filiação deixa de ser exclusivamente biológica, mas também passa a ser desejada e sobretudo vivida.<sup>134</sup>

Dessa forma, para o reconhecimento da filiação derivada das técnicas de produção assistida, em se tratando de heteróloga, é preciso considerar outro critério que não o biológico, uma vez que a figura familiar, nesse caso, a paterna, desassemelha do genitor genético (doador).

Nos casos de reprodução assistida heteróloga, o consentimento expresso é fundamento primordial para a realização desse procedimento que o cônjuge demonstre, de forma inequívoca, a vontade de ser pai, ou, no caso de mulheres, a de ser mãe, mesmo que não exista o vínculo biológico. Diante disso, ao cônjuge ou ao companheiro, após essa autorização, não será possível a desconstituição, pois não pode se alegar erro pelo qual deu causa, ou seja, não pode autorizar o procedimento e após ele ser realizado, alegar que não existe vínculo biológico e por isso não o reconhece, não se figura aceitável.

No que se refere aos métodos de reprodução assistida, vimos que para realização do procedimento em vida já se torna passível de muitas discussões por conta da autorização do companheiro ou cônjuge para realização, que hoje ainda existem dúvidas sobre a possibilidade de impugnação ou não da paternidade. Além do estabelecimento da filiação afetiva, ao invés da biológica, visto que a concepção é feita com um terceiro doador, e os vários posicionamentos a respeito do direito ao reconhecimento da identidade genética que ainda não existe consenso doutrinário.

A resolução do Conselho Federal de Medicina mais uma vez esclarece essa autorização descrita no texto legal que deve haver um processo informativo, a fim de que o paciente tenha absoluto conhecimento de todos os benefícios, riscos, em se tratando de reprodução assistida heteróloga. Pois, o consentimento, autorizando a realização do procedimento, demonstra de forma clara a vontade de ser pai ou mãe, mesmo que não exista o vínculo biológico.

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os

---

<sup>134</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995. p.361.

resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido 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.<sup>135</sup>

Já deixamos claro a dificuldade de legislar sobre esse assunto, além da escassez de material a respeito do caso específico acerca da reprodução humana heteróloga póstuma, tendo em vista que para que ocorra essa possibilidade, devem ser levados em consideração todos os princípios referentes a autonomia da vontade, em que o indivíduo tem direito de formar uma família; o planejamento familiar, em que pese nesse caso ocorra após à morte, evidenciando que tinha planos para construção de sua família, que por motivos específicos não seria possível essa concretização da procriação. E que se não fosse os meios tecnológicos não iria ocorrer, respeitando dessa forma a dignidade da pessoa humana em poder ter descendentes. Lembrando que a decisão de recorrer à técnica de reprodução humana assistida deve ser um desejo de ambos os companheiros ou cônjuges, que querem estabelecer o vínculo do projeto parental.

#### 4.3 PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO

Para solucionar e atribuir ao Direito a regulamentação do tema, foi feita uma pesquisa dos termos: “reprodução assistida *post mortem*” no sítio da Câmara dos Deputados, destinada a verificar os projetos de lei em tramitação para elucidação do tema.

Além disso, para que possamos esclarecer alguns pontos que são tratados nos projetos que tem pertinência ao debate acadêmico.

São vários projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, entre eles encontramos o PL nº 1135 de 2003 que dispõe sobre reprodução humana assistida, entre os diversos assuntos abordados no projeto, o capítulo IX, referente a “da filiação da prole” elenca:

---

<sup>135</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 nov. .2017.

Art. 17. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de reprodução assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

§ 2º A pessoa nascida por processo de reprodução assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e o sigilo da identidade civil dos doadores.

Art. 18. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

O PL nº 7701 de 2010 dispõe sobre a utilização *post mortem* de sêmen do marido ou companheiro, acrescentando ao Código Civil de 2002, o artigo 1.598-A, com a seguinte redação:

Art. 1.597-A. A utilização de sêmen, depositado em banco de esperma, para a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com a expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.

O dispositivo especifica a utilização de sêmen nos casos de morte do companheiro ou cônjuge, evidenciando o tratamento igualitário no que se refere a filiação. Outro ponto importante, refere-se à autorização expressa que viabilize o procedimento médico.

Além disso, atribui um lapso temporal de 300 dias para que ocorra essa inseminação, garantindo o reconhecimento da filiação e os direitos relativos à herança, fazendo alusão ao famoso caso francês *Parpelaix*, que, após um longo debate no judiciário da França, em que o material genético do esposo em razão do lapso temporal até a inseminação, se tornou impróprio.

Outro projeto de lei de nº 4892 de 2012 institui o “Estatuto da Reprodução Assistida”, como um projeto maior, com muitos dispositivos, regulamentando a aplicação e utilização de reprodução humana assistida atribuindo todos os seus efeitos nas relações civis, que tem o capítulo VII, reservado a reprodução assistida *post mortem*, que em dois artigos descrevem:

Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.

O dispositivo já previu a possibilidade citada neste trabalho para o uso do material genético masculino ou feminino, um ponto bastante importante para termos na legislação, visto que podemos usar o óvulo feminino também para procriação póstuma.

No que se refere a autorização, são atribuídas novas exigências, como a pessoa destinatária do material genético e a anuência dessa pessoa ao documento, não descreve qual documento seria esse.

Nesse ponto, não vejo tanta vantagem, visto que essa pessoa poderia falecer, ou, no caso de alteração de destinatário, não poderia utilizar o material genético mesmo com expressa autorização póstuma pois não seria a pessoa escolhida como destinatária.

Há também o PL nº 115 de 2015 que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, de autoria do Sr. Juscelino Rezende Filho, que estabelece de forma idêntica o trecho reservado a RA *post mortem* como o citado acima, do PL nº 4892 de 2012.

#### 4.4 LEGISLAÇÃO EM OUTROS PAÍSES

Subcapítulo destinado a análise da legislação estrangeira que aborda o tema aqui proposto.

#### 4.4.1 PORTUGAL

O Direito Penal português, conhecido pelas características de neocriminalização presente as novas técnicas biomédicas, aumenta a pena ao máximo de oito anos para quem operar inseminação artificial sem o consentimento da mulher.<sup>136</sup>

No entanto, o Código Civil português, em um dos seus diversos artigos, impede o cônjuge, que anuiu à inseminação artificial, de posteriormente não reconhecer a paternidade deste, alegando que não possui vínculo biológico, semelhante com o que acontece em outros países que também preveem a utilização de material genético pelo doador.<sup>137</sup>

Após algum tempo, foi aprovado o decreto nº 415/VII que não chegou a ser promulgado, em virtude das várias discussões a respeito dos seguintes pontos: do direito ao reconhecimento genético; identificação dos doadores; possibilidade de realizar inseminação *post mortem*, por meio de autorização da pessoa que faleceu e desde que efetue no prazo de três meses após o óbito. Na apreciação do projeto, o Presidente da República reconheceu sua urgência, mas justificou seu veto por admitir a complexidade em regular a lei, além da necessidade de compor direitos fundamentais e outros interesses constitucionalmente envolvidos, pelas dúvidas na seara científica como também na área ética, exigindo prudência do legislador.<sup>138</sup>

Na Constituição Portuguesa, elenca o art. 67,2,"e" que: da Constituição da República impõe ao Estado, com o objetivo de assegurar proteção à família, o dever de regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 144-145.

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 144-145.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

#### 4.4.2 SUÉCIA

Na Suécia, primeiro país da Europa a regulamentar a inseminação artificial, desde de 1984. Admite o procedimento homólogo e heterólogo, restringido aos usuários, se casal, unidos ou não pelo casamento.<sup>140</sup>

Reconhece à criança, concebida por meio de inseminação, o direito a obter informações sobre o doador, sendo lhe garantida o direito a identidade genética. Além disso, o consentimento do marido ou companheiro para as técnicas voltadas para a forma heteróloga em sua esposa ou companheira tem a função de imputar a paternidade.<sup>141</sup>

A lei da Suécia, proíbe a inseminação *post mortem*.

#### 4.4.3 SUÍÇA

Na Suíça, temos desde 1998, a lei federal sobre procriação medicamente assistida. Essa lei regulamenta, define e assegura a utilização das técnicas. Possui princípios como: o bem-estar da criança, a reserva das técnicas apenas aos casais unidos pelo matrimônio ou união estável, apenas aos que pode estabelecer filiação respeitando o disposto no Código Civil, o uso de espermatozoides por doação apenas aos casais unidos pelo casamento.<sup>142</sup>

A lei da Suíça impede à inseminação artificial após a morte.

---

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à Filiação e Bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 144-145.

## CONCLUSÃO

Até os dias atuais não existem leis para a utilização das técnicas de reprodução assistida. A regulamentação dessas práticas tem sido feita basicamente por meio de resoluções com intervenção mínima do Direito que, na ausência de norma regulamentando o uso das técnicas de reprodução assistida para a procriação, também são admitidas considerando, o controle dos médicos e do Conselho Federal de Medicina.

A problemática atual, é tendenciosa pela falta de regularização legal, que possibilita a existência de efeitos, ainda desconhecidos provocando discussões éticas, além das problemáticas no direito das famílias. Neste aspecto, foi considerado a viabilidade de uma lei que regulamente o avanço científico sem comprometer o âmbito jurídico e ético, devendo ser elaborada mediante a participação da sociedade, com objetivo de controlar e assegurar todos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Isto, pois, a Constituição assegura o planejamento familiar de inteira responsabilidade do casal, como assim define o art. 227, § 7º não é razoável que a situação jurídica advinda do cotidiano não possa ser solucionada e prevista pela legislação. Tais considerações levam a pensar mais criticamente, no sentido de que a legislação atual carece de abordagens do tema perspicácia e sensibilidade.

Assim, considera-se este tema de extrema importância a reflexão a respeito das futuras consequências e dos efeitos que o desenvolvimento tecnológico na área médica poderá oferecer para no âmbito jurídico. A exemplo, o avanço das técnicas de reprodução assistida. Na busca de solucionar os casos referentes a procriação, que por algum motivo, pessoal ou causados por doenças, não possam ter com seus parceiros, cônjuges ou companheiros, a possibilidade de continuação da sua família, com o ânimo de desempenhar a paternidade ou maternidade, respeitando sua condição singular, de criação individual.

A técnica de reprodução assistida pode ocorrer de duas formas, homóloga, que basicamente consiste na coleta do gameta feminino e masculino manuseado para se fecundarem fornecidos pelos cônjuges ou companheiros para que seja realizada a concepção; ainda de forma heteróloga,

que ocorre quando utiliza-se de material genético de terceiro a relação, podendo ser masculino ou feminino, nesse caso, doado para o casal.

No aspecto do avanço tecnológico, o material genético é armazenado a uma determinada temperatura, permitindo que seja possível sua conservação para realização de procedimentos com intuito de fertilização. Atualmente é, totalmente possível a concepção de um novo ser, usando um material criopreservado após o falecimento do genitor ou genitora. Nesta circunstância é possível ter um filho biológico de um genitor falecido.

Contudo, para que o companheiro ou consorte possa realizar o procedimento de reprodução *post mortem*, com o objetivo de gerar descendentes, é necessário que o *de cujus* tenham deixado manifestação expressa de vontade reconhecida, permitindo o uso do material genético com o ânimo reprodutivo, de maneira escrita, conforme o que diz o Conselho Federal de Medicina com a resolução nº 2.128 de 2017.

Entretanto, além deste ser o entendimento majoritário, a jurisprudência com pouquíssimos julgados, de forma diversa, verifica-se que uns fundamentam na manifestação de vontade do *de cujus*, verificando de maneira tácita e presumida, destacando outros meios de comprovação de manifestação da vontade, já outros esclarecem que, não se pode presumir de forma alguma a vontade de uma pessoa querer ser pai ou mãe póstuma. Dessa forma, analisamos julgados proferidos pelo Judiciário, em que o posicionamento do Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da comarca de Curitiba deferiu a viúva, o direito a inseminação utilizando o sêmen do *de cujus*, considerando a presunção da vontade do falecido em ser progenitor.

Identicamente, foi o entendimento em primeiro grau do processo ajuizado na circunscrição de Brasília, que favoravelmente concedeu à companheira o direito de procriação após o falecimento de seu companheiro, com o material genético deste. Entretanto, em grau recursal, a parte vencida interpôs recurso que modificou a sentença, entendendo que, não caberia o uso do sêmen criopreservado do companheiro, visto que não teria autorização expressa, consentindo com a inseminação *post mortem*.

Porém, independentemente de todo conflito, constata-se que em nosso ordenamento jurídico é possível a reprodução humana póstuma, tanto na área médica quando no direito.

Vimos, as posições contrárias em diferentes momentos, a princípio, no uso da técnica de reprodução assistida visando a procriação *post mortem* defendendo que a reprodução humana deve ser empregue com o propósito de projeto parental e que esse objetivo não estaria de acordo no caso de uma reprodução *post mortem*, pois, prevalece o interesse da viúva ou viúvo (visto que existiria a possibilidade de reprodução póstuma com o material genético da esposa ou companheira, mediante uma barriga de aluguel), que a utilização da técnica procura um meio de ressuscitar o falecido. Surgindo o questionamento da existência do direito à reprodução após a morte, caso exista, deve ser confrontada com a problemática da concepção de uma criança que por escolha, nasça sem pai ou mãe, em que o procedimento em vida é eticamente aceitável, levando em consideração o princípio da maleficência no caso da criança ter o direito de uma criação por ambos os pais.

Contudo, a Constituição, em seu art. 226, §4º, admite como entidade familiar a comunidade constituída pelos pais e seus descendentes. Desse modo, como é admitida utilizar umas das técnicas de reprodução humana heteróloga, no qual, qualquer mulher solteira pode com o intuito de constituir família monoparental, nesse caso, ter um filho cujo o pai biológico sequer pode ser identificado, não tem qualquer fundamento, negar a pessoa legitimamente interessada a possibilidade de usar o sêmen do *de cuius*, na técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Importante frisar que em países tais como Suécia e Suíça não são possíveis meios de reprodução assistida *post mortem*. Estes países vedam totalmente, o uso da reprodução assistida *post mortem*. Será este o caminho para solucionar todos os problemas advindos dessa modalidade de reprodução? Não teria o respeito à vontade do indivíduo em formar uma família após a morte, visto que a única certeza fatídica da realidade é de que a qualquer momento podemos partir.

Esse não foi o entendimento do legislador ao presumir a filiação, previsto no art. 1.597 do Código Civil Brasileiro, destinado ao reconhecimento da filiação presume-se na constância do casamento, aqui equiparando-se ao união estável também, a fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido ou companheiro; como também os havidos a qualquer tempo, por se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga

e por último da inseminação artificial heteróloga, desde que tenha autorização prévia do companheiro, sem observação sobre o uso após a morte.

Resta deste modo a evidente a lacuna no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à reprodução assistida *post mortem*, o código civil em nada fala sobre autorização específica para o uso do material genético, mas a resolução do Conselho Federal de Medicina observa esta condição para que seja realizado qualquer procedimento. Outro posicionamento considera a compreensão de que, sem a autorização, não poderá a viúva, de nenhuma forma, reivindicar o material genético para que possa ser aplicado em uma auto inseminação, levando em consideração que a paternidade precisa ser consentida. Entende-se, nesses casos, que o uso do sêmen, sem o consentimento é incompatível com a vontade do indivíduo. Reconhecendo todos os efeitos pertinentes em relação à filiação, tais como: estabelecer vínculo de parentesco entre filhos e seus pais; dar ao filho reconhecido, assistência para garantir sua subsistência mínima; exercer o poder de familiar; o direito a prestação de alimentos tanto ao genitor que reconhecer como ao filho reconhecido; equiparação aos filhos em todos os efeitos sucessórios (em que pese ainda haver bateste divergência em como ficaria esses direitos sucessórios).

Ademais, considera-se a omissão legislativa sobre a possibilidade em filiação *post mortem* advindo de reprodução assistida heteróloga. Um tanto mais complexo se torna em casos que admitam a comprovação que de o *de cuius*, tinha a vontade de ter filhos, seja por livre opção ou por doenças que o impossibilitava à fertilização. Cabe ressaltar, que o código não trata da possibilidade de doação de um óvulo para que seja realizada uma fertilização nos moldes do que acontece com o sêmen. Visto que hoje é amplamente possível, entendendo que o reconhecimento da filiação está além da biológica, considerando que em vida é possível a filiação até mesmo presumida de casais que queiram ter filhos com a doação de material genético de terceiros.

Deste modo, é necessário analisarmos os preceitos constitucionais e o desenvolvimento ético/jurídico da reprodução humana. Para todos os casos deve ser levado em consideração todos os princípios referentes ao tema, como a autonomia da vontade, em que o indivíduo tem direito de formar uma família, de fazer o seu planejamento familiar, em que pese nesse caso ocorra após à

morte, evidenciando que tinha planos para construção de sua família, que por motivos específicos não foi possível essa concretização da procriação em vida. E que sem a intervenção dos meios tecnológicos não seria possível, respeitando dessa forma a dignidade da pessoa humana em conceber descendentes. Lembrando que a decisão de recorrer à técnica de reprodução humana assistida deve ser um desejo de ambos os companheiros ou cônjuges, que desejam estabelecer o vínculo do projeto parental.

Levando em consideração todos os princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da autonomia dos indivíduos ao planejamento familiar, da paternidade responsável, da igualdade entre filhos, do melhor interesse da criança e da solidariedade familiar é compreensível e possível o reconhecimento dessa criança a todos os direitos a ela inerentes como garantidor da efetividade da vida digna e devendo sempre prezar pela busca e efetividade do respeito à dignidade humana.

Que apesar de todos os argumentos expostos, nos casos em que possa se comprovar a vontade do indivíduo, na ausência de autorização expressa, por todos os meios de provas admitidos em direito: respeitar a autonomia da vontade, que mesmo por circunstâncias alheia a sua vontade, como no caso a morte, possa ser admissível ter sua descendência continuada, reconhecendo a filiação.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. 1 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 12 nov. .2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça- CNJ. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 106. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>> Acesso em: 26 out. .2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça- CNJ. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 105. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>> Acesso em: 26 out. .2017.
- BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estado Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República federativa do Brasil*. 52. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3200.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 5.860, de 20 de setembro de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del5860.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5860.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 883, de 21 de outubro de 1949*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº 9.701, de 3 de setembro de 1946*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del9701.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9701.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente. *Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990 e legislação correlata*. 16. ed. Brasília: Edições Câmara, 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. 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: 26 out. .2017.

BRASIL. Lei nº 11.105 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm#art42)> Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.515, de janeiro de dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 26 out. .2017.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8560.htm)> Acesso em: 26 out. .2017.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação de Conhecimento. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=820873>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CAMARGO, Juliana Frozel. *Reprodução humana: ética e direito*, Campinas: Edicamp. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 9. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. IBDFAM. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf)>. Acesso em: 10 Jan. 2018.

FOLHA. Uol. *Nasce 1º bebê do país gerado com sêmen de pai morto*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2206201114.htm>> Acesso em: 27 março 2018.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009.

G1. Paraná. *Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 20 jan. 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.

GOMINHO, Leonardo Barreto; FERRAZ, Ana Angélica. *Inseminação artificial “post mortem”: o direito de suceder do nascituro após o prazo estabelecido à prole eventual*. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56653/inseminacao-artificial-post-mortem-o-direito-de-suceder-do-nascituro-apos-o-prazo-estabelecido-a-prole-eventual>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro: direito de família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Gabriela Seabra Mendes. “A reprodução assistida homóloga post mortem e as implicações jurídicas desencadeadas no âmbito do direito sucessório”. Monografia(Direito). Uniceub. Brasília, p. 21. 2015.

JUSBRASIL. Diário de Justiça do Estado do Paraná (DJPR) de 26 de abr. 2012. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/36480459/djpr-26-04-2012-pg-679>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

JORNAL DA ORDEM. Justiça do PR autoriza mulher a usa sêmen de marido morto. Jornal da Ordem. Disponível em: [http://www.jornaldaordem.com.br/noticia\\_ler.php?id=17809](http://www.jornaldaordem.com.br/noticia_ler.php?id=17809). Acesso em: 27 set. 2015.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto, *Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial*. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.

MADELENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAIS, Milena Miranda. *A legitimidade sucessória dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida post mortem*. 70. Monografia – Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2011.

PL 1135/2003. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17461>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PL 4992/2012. Câmara dos Deputados. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PL nº 7701/2010. Câmara dos Deputados. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>> Acesso em: 20 jan. 2018.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*. Porto Alegre: Revista AMRIGS, 2002.

UNESCO- Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. Declaração Universal sobre o genoma humano e os Direitos humanos. Disponível em:  
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> Acesso em: 26 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.