

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E A GARANTIA AO DIREITO SUCESSÓRIO DA PROLE ADVINDA DESSA FORMA DE CONCEPÇÃO

Bárbara Rodrigues Ferreira¹

Ana Paula Cachoz²

RESUMO

O presente artigo de revisão traz uma análise sobre a evolução tecnológica, a qual permitiu o surgimento de vários métodos de reprodução humana, dentre eles, destaca-se o estudo da reprodução assistida *post mortem* com fulcro no código civil. Sobre esse tipo de reprodução foi realizada uma análise de acordo com os Princípios Constitucionais. Além disso, aborda as consequências jurídicas e emocionais que envolvem a reprodução assistida *post mortem*, e as lacunas legislativas, bem como, a repercussão do direito do nascituro a sucessão testamentária.

Palavras Chaves: Princípios Constitucionais. Código Civil . Reprodução *Post Mortem*.
Lacuna legislativa . Sucessão.

ABSTRACT

The present review brings an analysis on technological evolution, which has allowed the birth of many human reproductive techniques, based in civil law, among which the post mortem assisted reproductive study is highlighted. An analysis according to Constitutional principles has been done on that type of reproductive technique. Besides, it takes on the judicial and emotional consequences regarding the post mortem assisted reproduction, as well as the repercussion of the rights of the newborn to inherit.

Keywords : Constitutional Principles. Civil Law. Reproduction Post Mortem. Family.
Lawless. Succession.

¹ Discente do Curso de Direito, do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNIRN
Email :bárbara_rodrigues15@hotmail.com;

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte.
Email: acacho36@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo discutir um tema polêmico e relevante em nossa sociedade moderna que é a reprodução assistida *Post Mortem* e sua repercussão dentro da vertente civilista, enquanto ao direito de herança como determina o artigo 1.799, inciso I do Código Civil e as tantas outras repercussões que o assunto faz surgir. Além de buscar demonstrar a necessidade e constitucionalidade da proteção e resguardo dessas crianças que nasceram, por meio, desse tipo de reprodução.

Todo o trabalho que irá ser explanado, foi constituindo com base na doutrina majoritária, presente nos livros didáticos, além do uso trabalhos universitários que já debateram o tema, utilizando-se, assim, do direito comparado para tentar entender melhor o assunto e também tendo como fundamento o direito material presente na legislação vigente.

De início irá ser discutido alguns aspectos dos princípios envolvidos na temática, em especial, com relação aos princípios constitucionais norteadores. Como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, e qual a repercussão e o resguardar que esses princípios trarão a prole oriunda desse tipo de reprodução. Essa análise será iniciada por meio da apreciação do caso Francês conhecido como “Parpalaix”.

Posteriormente, será introduzido, os avanços tecnológicos, que nortearam e permitiram o desenvolvimento da medicina, e conseqüentemente a elaboração de algumas técnicas de reprodução humana. Tais como: Inseminação Artificial, Fertilização *In vitro* e congelamento de gametas e conseqüentemente, a abordagem sobre a reprodução *post mortem*. Além disso, será explanado uma pouco de historicidade do tema, e a evolução e os resultados das técnicas de reprodução humana dentro do território brasileiro.

Ainda serão estudados, a formação e o planejamento da família brasileira, a qual, se concretizou ao longo dos anos, e por meio da evolução legislativa, que veio conceder o direito aos homens e mulheres a realizar o seu próprio planejamento familiar, baseado em suas condições e em seus desejos.

Tendo ainda como fundamento a instituição familiar, será discutida a filiação, a qual busca definir a relação existente entre pais e filhos. No início, esse instituto foi tratado no Código Civil, com preconceito, mas com a evolução legislativa, e com a constituição de 1988 essa situação mudou, e foi proibida a distinção entre filhos, concedendo assim, a todos os filhos o direito de filiação.

Em seguida, será analisado de acordo com o Código Civil, o direito de herança,

havendo uma breve distinção e caracterização entre herança e sucessão. Mais à frente será analisado os reflexos desses institutos com relação ao nascituro originário da reprodução *post mortem*.

O último capítulo trata sobre o direito sucessório do ser proveniente da reprodução *post mortem*, em sua essência, busca demonstrar a lacuna legislativa existente no Brasil sobre o assunto, traz ainda, alguns casos concretos que foram julgados com base na doutrina brasileira, devido à omissão legislativa, e as inúmeras correntes doutrinárias que foram criadas para resguardar e conceder o direito sucessório a essa criança indefesa.

Por fim, vale enfatizar, que o presente artigo buscar demonstrar a necessidade e constitucionalidade da proteção e resguardo dessas crianças que nasceram, por meio, da reprodução assistida *post mortem*.

2 PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS NA REPRODUÇÃO *POST MORTEM*

Antes de iniciar o estudo propriamente dito da Reprodução assistida *post mortem*, faz-se necessário abordar alguns aspectos sobre os princípios envolvidos nessa disciplina.

Primeiramente, sobre a repercussão da Reprodução assistida, tudo começou com o

“Caso Parpalaix, o qual ocorreu na França na década de 90. Segundo a história, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix e o casal começou a manter um relacionamento amoroso. Semanas se passaram e Alain descobriu que estava com uma doença incurável, mas esse fato não abalou o relacionamento do casal, pois eles viveram durante esse tempo, fizeram muitos planos (um deles era ter um filho), mas o destino não permitiu e Alain veio a falecer.” (PINTO, 2008, p.única).

Corine, desejando dar continuidade aos sonhos do seu companheiro, decidiu procurar o banco sêmen para realizar a fertilização artificial, tendo em vista que o banco de sêmen recusou-se a disponibilizar o material e realizar o procedimento, a viúva levou tal discussão para o judiciário. Contudo, com a demora dos procedimentos judiciais, infelizmente, quando a decisão foi proferida, o material genético não estava mais apto para uso. (PINTO, 2008).

Após esse caso, surgiram muitas evoluções e embates judiciais sobre o tema, e várias foram as conquistas sobre o entendimento de reprodução assistida *post mortem*, mas

continuam a existir muitas lacunas, correntes e Constituições de vários Países que se opõem ao reconhecimento de direitos para esse novo ser humano.

O nosso Código Civil (BRASIL, 2002) apresenta um entendimento sobre o assunto em seu Artigo 1.597, abaixo transcrito:

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

É diante deste respaldo que podemos dar início ao nosso entendimento, uma vez que o Código Civil presume filho, como qualquer um outro, aquelas crianças que serão oriundas de uma reprodução assistida *post mortem*. O único objetivo desse instrumento normativo é colocar em prática alguns dos princípios basilares da Constituição Federal: o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

O primeiro princípio acima mencionado tem como características prever a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, que todos os cidadãos tenham o direito de tratamento idêntico perante a lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico, segundo afirma Alexandre de Moraes.

Todos, portanto, devem ser tratados igualmente perante a lei, dentro de suas especificações, deste modo, as famílias que desejarem ter os seus filhos, por inseminação artificial mesmo sendo falecido o marido, não podem ter o seu direito mitigado por simples decisões de laboratórios, ou por questões sociais.

No que diz respeito ao segundo princípio, o ordenamento jurídico, em seu art. 1º, o eleva à condição de direito fundamental. A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é considerado um princípio abstrato, mas que consiste em valor mor do ordenamento jurídico brasileiro, indispensável à existência humana e considerado como fundamento básico do Estado Democrático de Direito.

Ademais, tal princípio se encontra inserido em diversas normas dentro do mundo jurídico, servindo como embasamento para outros direitos, tais como: direito à vida, à liberdade de expressão, à crença, à saúde e integridade física de todos os cidadãos.

Dessa forma, a sua principal característica é, justamente, resguardar e permitir que direitos distintos possam conviver harmonicamente no ordenamento jurídico.

Como exemplo da aplicabilidade da dignidade humana;

(...) Tem-se a garantia, ainda que recente, dos direitos referentes aos seres nascentes de fecundação *post mortem*, quer dizer, os direitos assegurados às crianças que foram fruto de procedimentos de biotecnologia, as quais devem dispor de todos os direitos a vida, para que assim tenha um desenvolvimento saudável. (MORAIS apud LEAL, 2011, p. 03).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina, ainda, em seu artigo 4º, que deve haver a proteção do bem-estar da criança acima de qualquer interesse, tendo este absoluta prioridade na efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária. Ou seja, independente da forma como esse ser for gerado, ele deve ser tratado com todos os direitos possíveis.

Contudo, mesmo existindo uma certa tutela ao ato de reprodução assistida *post mortem* no ordenamento em geral, como já afirmado acima, por ser um instituto recente existe ainda muitas lacunas no assunto. Uma delas, no Código Civil (CC), é o que diz respeito aos direitos sucessórios da criança concebida via reprodução assistida *post mortem*.

De acordo com o que dispõe o art. 1.798 do CC3, apenas as pessoas já nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão são legitimadas a suceder. O art. 1799, I, do mesmo diploma civil afirma também que na sucessão testamentária os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador – desde que vivas ao abrir-se a sucessão – podem suceder.

Percebe-se, pelos dispositivos acima elencados, que o Código Civil acabar por vedar, na sua omissão, qualquer direito sucessório a esse novo ser oriundo de uma fecundação *post mortem*.

Vale ressaltar que, no Brasil, o Conselho Federal de Medicina posicionou-se sobre o tema, por meio da resolução de nº 1.358/19924. (revogada pela de número 1.957/2010).

(...) Ao disciplinar, na sua essência, a permissão para a realização da reprodução assistida exaltando a relevância da infertilidade humana como um problema de saúde. Autorizou, também, que os laboratórios pudessem preservar os espermatozóides, óvulos, pré-embriões e que

3 (PEGAR ART LITERAL)

4CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 10 de março.2014, às 22h35min

os cônjuges ou companheiros deveriam expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos pré-embriões “criopreservados”, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos (LEAL, 2011, p.03).

Tendo, portanto, já feito estas ponderações acerca dos princípios resguardos, o próximo capítulo destinar-se-á aos aspectos evolutivos da reprodução assistida *post mortem* no Brasil, as nuances desse ato, os mecanismos e os direitos que envolvem essa nova realidade.

3 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

É de todo sabido que a sociedade presencia, na atualidade, uma grande evolução em vários aspectos, em especial no campo tecnológico, o qual tem permitido realizar o que seria impossível em uma época remota. Essa evolução, por constituir a nova realidade social, vem repercutindo também nos diversos ramos jurídicos. É o que ocorre com os direitos dos casais que pretendem conceber filhos, mas têm problema de fertilização. Isso porque, a influência da tecnologia no Direito tem permitido o desenvolvimento do instituto da Reprodução Assistida que faz com que filhos sejam concebidos por pais inférteis.

Vale anotar que esse crescimento trouxe também para a saúde e para a medicina muitas inovações e com elas muitas repercussões, uma vez que a sociedade não estava preparada para tanto desenvolvimento e a ciência não tem como mencionar os resultados que irão emergir desses avanços.

É por essa razão, então, que existem limites à aplicação dessa tecnologia. É que a bioética⁵, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, limita essa crescente evolução ao evitar que os seres humanos tenham os seus direitos violados diante de tanto crescimento e ao impedir que ocorram confrontos com os princípios e os limites éticos impostos pela sociedade. (ALMEIDA JÚNIOR/2012).

Dito isso, é importante, primeiro, introduzir um pouco de historicidade sobre o tema.

⁵As questões éticas se prenderam a esses avanços e reclamaram a posição de paradigma para as decisões sobre o desenvolvimento das ciências humanas, quando estivessem envolvidas questões da vida e sempre levando em consideração os princípios morais. Daí a expressão bioética, ou ética da vida. Ou seja, a bioética tem a função de limitar essa evolução, resguardando assim o ser humano e os seus direitos e garantias individuais. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/t%C3%A9nicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-e-biodireito> 25, fev, 2014 as 18:22.

Na história greco-romana, a qual trata da origem dos deuses, pode-se perceber já uma ideia de reprodução assistida. Usando como exemplo, diz a lenda que Minerva, símbolo da sabedoria divina, nasceu da cabeça de Zeus, conforme disposição abaixo:

Métis foi a primeira esposa de Júpiter. Foi ela que deu ao velho Saturno uma beberagem para obrigá-lo a devolver os jovens deuses que ele havia engolido. Estando grávida, predisse a Júpiter que teria em primeiro lugar uma filha e, em seguida, um filho, que se tornaria senhor do céu. O rei dos deuses, espantado com tal profecia, engoliu Métis. Algum tempo depois, foi acometido de violentíssima dor de cabeça e rogou a Vulcano que lhe fendesse a cabeça com o machado, mal recebeu o golpe de machado de Vulcano, saiu-lhe do cérebro a filha Minerva. (MOURA, SOUZA, SCHEFFER, 2009).

No ano de 1494-5 pode ter existido também uma prática de tentativa de inseminação artificial entres humanos, esse fato ocorreu na era de Henrique IV de Bourbon, quando o mesmo desejava muito ter um filho para disseminar o seu poder, fazendo com que a sua segunda esposa Rainha Dona Joana de Portugal fosse submetida a experimentos dos quais não se tem relato. Tal experiência científica, contudo, foi conferida ao cirurgião inglês Juan Hunter que, no ano de 1791, inseminou artificialmente, com o sêmen do marido, a esposa de um Lord, obtendo êxito. (HENRIQUES/2009.)

Passado o tempo e desenvolvida cada vez mais as reproduções artificiais, a esperança concedida por meio desses novos estudos e tecnologia permitiu ao homem sonhar e controlar a reprodução humana. Na atualidade, existem alguns métodos de reprodução humana. São elas, respectivamente: inseminação artificial, fecundação *in vitro* e o congelamento de gametas, nas quais teceremos algumas considerações a seguir.

3.1 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Esse tipo de reprodução é a mais antiga e a mais simples, esta consiste, em uma fecundação *in vivo*, desta forma, ocorre à introdução do sêmen na mulher, sem haver qualquer tipo de manipulação externa de óvulo ou de embrião. (ENÉIAS/2009.)

Contudo, admite-se duas categorias de inseminação artificial, sendo elas, a heteróloga, e aquela em que os médicos utilizam o material genético de uma terceira pessoa, ou doador (não cabendo nesse caso nenhum tipo de obrigação alimentar entre esses). Já a homóloga ocorre quando o médico realiza o procedimento se utilizando do próprio material genético do casal. (HENRIQUES/2009).

3.2 DA FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Esse tipo de fertilização, também conhecida como ectogêneses, realiza-se pelo método ZIFT (*ZibotIntraFallopianTransfer*), segundo o qual se retira o óvulo da mulher para ser fecundando na proveta, juntamente com o sêmen do marido, companheiro ou de um terceiro, para, posteriormente, inserir o embrião em seu útero ou no útero de outra mulher. Ou seja, esse procedimento é extracorpóreo, acontecendo em laboratórios. (ENÉIAS, 2009).

3.3 DO CONGELAMENTO DE GAMETAS

É também conhecido como criopreservação, esse mecanismo caracteriza-se, pelo congelamento de embriões saudáveis, imerso em nitrogênio para que no futuro eles possam ser utilizados.

Diante das explanações sobre as características dos tipos de reprodução, não poderíamos deixar de mencionar o método de inseminação homóloga *post mortem*, que ocorre quando o sêmen do homem é preservado por meio de criopreservação, esse método é bastante utilizado em caso de pacientes diagnosticados com doenças graves e com grande possibilidade de infertilidade, após o tratamento, nos quais são sempre orientados ao armazenamento do material genético para que no futuro esse possa ser utilizado. (HENRIQUES, 2009)

No caso da reprodução *post mortem*, o que deve ser levado em consideração é a inseminação homóloga e a fecundação *in vitro* também homóloga, ou seja, quando o material genético pertence ao cônjuge ou companheiro falecido, sendo essa a grande delimitação e problemática do tema. (HENRIQUES/2009)

Finalmente, adentraremos na historicidade das técnicas de reprodução assistida, é relevante enfatizar alguns fatos históricos relevantes acerca das referidas técnicas no Brasil.

Os primeiros investimentos ocorreram por meio de americanos e ingleses, os quais desenvolveram uma base de pesquisa na década de noventa, quando vários cientistas passaram a se dedicar a realizar pesquisas sobre inseminação *in vitro*. O grande ápice desses estudos ocorreu com o primeiro bebê de proveta, a menina inglesa Louise Brown. Por meio desse acontecimento, muitos outros Países começaram a investir no ramo da reprodução e na especialização dos procedimentos, difundindo, assim, por todo o mundo.

No Brasil existia bastante deficiência de mestres para disciplinar a matéria e também a ausência de matéria prima, já que esta era oriunda de outros Países. Mas em 1980 nasceu o

primeiro bebê de proveta por inseminação *in vitro* no Brasil, sobre os olhares e orientações de professores como Karam Abou Saab de Curitiba, Milton Nakamura e Nilson Donadio, ambos de São Paulo, deste fato em diante muitas crianças foram geradas tanto por inseminação como *in vitro*. (HENRIQUES/2009)

Realizada todas as elucidações, nos reportando mais uma vez a reprodução assistida *post mortem*, podemos então defini-la, segundo doutrinadores, trata-se de uma expressão latina que significa “após a morte”. É esse o fato divisor de águas da problemática em discussão, pois, o procedimento se concretiza com o uso do gameta daquele que veio a falecer, para assim realizar a inseminação artificial na sua parceria, constituindo assim, uma reprodução *post mortem*.

Esse tipo de reprodução pode vir a gerar muitos conflitos, uma vez que essa criança poderá ser privado de muitos direitos, um deles é a ideia de ter um pai, constituindo assim, uma família monoparental, além dos seus direitos sucessórios que estão gravemente comprometidos. Mas como já foi mencionado acima o art. 1.597,III,CC6, determina a presunção de paternidade. (CARDIN/2009)

Apesar de todas as contradições, o Brasil discute o tema em um dos seus Códigos. Porém existem muitas nações que não trazem nenhum tipo de posicionamento sobre o assunto, como ocorre na França, a qual proíbe a reprodução *post mortem*, e caso exista consentimento em vida, daquele que veio a falecer, vai ser considerado sem validade. Na Alemanha diante de toda a rigidez, o assunto é vedado. Já na Espanha não permite a realização do procedimento, mas caso exista escritura pública ou testamento declarando a vontade do *de cujos*, o procedimento vai poder ser realizado. (CARDIN/2009)

“A resolução 1.597 determina que não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, quando se tem a autorização anterior e específica do falecido, para realizar o uso do material genético criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” (CFM)

Com todas as definições e interpretações feitas acima do quem vem a ser a reprodução *post mortem*, iremos nos remeter no próximo capítulo, as repercussões que esse tema vem levantando, em especial com relação à família.

6Art. 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.

4 PLANEJAMENTO FAMILIAR E A FILIAÇÃO

O planejamento familiar foi um dos avanços trazidos pela evolução da sociedade. A princípio não existia essa faculdade de planejamento de uma família, o ser humano, digo os brasileiros, não possuíam valores tão paternalistas devido à sua origem patriarcal, a qual se originou da colonização portuguesa e também a sua realidade escravocrata, que tiraram de muitos brasileiros o direito de viver em família, já que a venda de escravos era feita baseada no melhor interesse do senhor de terras e do comércio na região.

O código civil de 1916 trouxe alguns benefícios para a família, mas não abandonou a sua essência patriarcal. Nessa época foi presenciado um momento importante com a aprovação da Lei nº 4.121/1961, a qual trouxe a emancipação da mulher casada e concedeu uma maior equidade entre homens e mulheres.

Com o passar dos anos as outras Constituições foram trazendo e acrescentando melhorias para a realidade familiar do nosso País. Podemos citar como exemplo a Constituição de 1967, em seu art. 167, que tratou da família ao disciplinar sua indissolubilidade e sua proteção e assistência à maternidade, à infância e à adolescência. (HENRIQUES/2009)

Contudo, foi a Constituição de 1988 que trouxe uma maior proteção à família, podendo assim permitir que elas possam ser constituídas de forma digna. Ademais, seu art. 226, § 3º, determina que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 1988)

O §4º do mesmo artigo define também o que vem a ser essa entidade familiar, ao dispor que esta é formada por seus pais e descendentes. Já o §7º concede de forma excepcional o planejamento familiar ao casal quando o mesmo preceitua que, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal. Compete, pois, ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma de coação por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988)

7Art.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.

§4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§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

É dentro desse contexto que podemos falar sobre os métodos contraceptivos que são um dos principais norteadores desse planejamento, uma vez que o uso desses medicamentos impede muitas vezes a produção de filhos indesejados e, ao mesmo tempo, ajuda a muitas famílias a se organizarem para que, no momento certo, possam constituir uma família estruturada. Um ato do Estado que concretiza esse investimento científico ocorreu com: “A regulamentação do Direito Constitucional que se deu por meio da Lei nº 9263,10 de 12 de janeiro de 1996, representando um avanço na implementação do PAISM pelo Sistema Único de Saúde (SUS).” (COSTA, 2006, p.76- 77)

“Recomenda-se o conjunto dos métodos anticoncepcionais disponíveis - naturais ou comportamentais; de barreira; hormonais; DIUs e laqueadura, o Ministério da Saúde reafirma a autonomia e a liberdade da escolha para as usuárias do planejamento familiar do SUS.” (COSTA, 2006, p. 77)

Por planejamento familiar entende-se como o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter o direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência. (COSTA, 2006)

O Código Civil (BRASIL, 2002) também tratou sobre o assunto em seu artigo 1.565. Vejamos:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. **§ 1º** Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. **§ 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.

Diante de tudo que foi explanado, podemos afirmar que o planejamento familiar é algo totalmente aceitável dentro da doutrina majoritária e que o ato de planejamento pode ser levado em consideração diante da situação de uma possível reprodução *post mortem*, uma vez que houve um planejamento, e que por um motivo de força maior esse não pode ocorrer, mas persiste a vontade de constituir uma família, mesmo que ela seja monoparental, devendo esse desejo ser respeitado, estando preenchidos todos os requisitos materiais e essenciais para que a reprodução possa ser realizada.

Feitas tais considerações, o próximo capítulo será destinado, às considerações do

instituto da filiação, a fim de se compreender melhor os fundamentos da pesquisa que está sendo empreendida.

5 DA FILIAÇÃO

Como já dito acima, ao explicar os conceitos de planejamento familiar e, propriamente, de família, tem-se que todo ser humano tem direito a pai e mãe, mesmo quando for produzido por meio de inseminação artificial ou outras modalidade de fertilização. Deste modo, “o direito não pode separar a verdade científica, pois a procriação é um ato natural.” (VENOSA, 2005, p 251)

Ainda tendo como base o autor supracitado, podemos afirmar que a filiação é um fato jurídico com inúmeros efeitos. Ela engloba, pois, todas as relações e, respectivamente, sua constituição, modificação e extinção, de uma relação que tem como sujeitos os pais e seus filhos. Enfim, a filiação significa a relação entre os filhos e os seus pais, aqueles que o geraram ou adotaram.

O Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) tratava sobre a filiação em seu artigo 337, afirmando que filhos legítimos só seriam aqueles concebidos na constância do casamento, dando assim direitos apenas àquela prole originária do casamento, filiação legítima, desprezando a família que não fosse oriunda do casamento, ou seja, aquela que não fosse constituída nas justas núpcias⁸. Demonstrando assim um pensamento preconceituoso e patriarcal presente na época.

Com o passar dos anos e com o surgimento da Constituição de 1988, novos pensamentos e novas vertentes foram surgindo, proibindo assim a qualificação relativa à filiação. Isso nos leva a entender que independente do filho ser ou não oriundo do casamento, ele vai ter todos os direitos concedidos através da filiação aos seus pais. (VENOSA/2005)

Essa nova realidade também está presente no Artigo 227, §6º da CF/88, além de ser reafirmada pelo Estatuto da criança e do Adolescente em seu Artigo 209, sendo complementada e resguardada pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1.596¹⁰.

Para melhor compreensão, eis o art. 227 da Constituição, *in litteris*:

⁸ Disponível em :<http://abadireitodefamilia.blogspot.com.br/2010/04/filiacao.html> - 07 de março, as 13:45.

⁹ Art. 20. 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 da lei 8.069/90.

¹⁰ 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.

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. §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.

Apesar de não poder mais se fazer distinção entre filhos, a doutrina realiza uma classificação para os tipos de filiação.

A primeira delas é a filiação Natural ou Legítima o qual tem a relação de *jus sanguinis*, ou seja, os filhos que são provenientes de relações sexuais ou algum método de inseminação entre homem e mulher, como determina o Artigo 1.597, inciso III, IV e V do Código Civil¹¹. Existem também outros tipos de filiação, como no caso de adoção, reprodução heteróloga com sêmen de terceiro, autorizada pelo marido, e a filiação socioafetiva. (VENOSA, 2005. p. 258)

De acordo com Juliane Fernandes Queiroz “assim como na Adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno biológico e científico, sob pena de vivermos uma situação odiosa de eugenia que assolaram o mundo em passado não muito remoto.” (QUEIROZ apud VENOSA, 2005, p. 258)

Conclui-se, então, que o planejamento familiar foi conquistado de forma progressiva pelos cidadãos brasileiros, concedendo o direito a estes de decidir quando constituirá a sua família e permitindo que essa seja mais estruturada. Enquanto a filiação, esta venceu o preconceito e ganhou novos horizontes, uma vez que para se ter alguém como filho independe de laços sanguíneos, basta apenas existir uma relação de socioafetividade e cheia de amor entre os interessados.

Realizada a breve exposição sobre o planejamento familiar e a filiação e as suas repercussões dentro do ordenamento jurídico, passaremos a discutir os aspectos que envolvem o direito de herança para esse novo ser proveniente da reprodução por mortem.

6 DIREITO À HERANÇA E OS SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

¹¹Art. 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.

Em primeiro lugar devemos distinguir o que é sucessão e herança. A sucessão, segundo Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira “consiste na continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão ou de aquisição de bens, ou de direitos patrimoniais”. (OLIVEIRA apud DINIZ, 2005, p. 18)

Ainda tratando do significado de sucessão podemos relatar a definição trazida por Carlos Alberto Gonçalves, onde o mesmo afirma ser a sucessão é um fundamento de transmissão sucessória, ou seja, a razão pela qual se defere a uma pessoa indicada por lei, ou pela vontade manifestada em vida pelo autor da herança. (GONCALVES/2009)

Existem quatro espécies de sucessão, estando subdividida em dois grupos. O primeiro deles é o grupo que está relacionado com a fonte de origem o artigo. 1573 CC, estão inseridas nesse grupo a sucessão testamentária, a qual é decorrente de testamento válido ou de disposição de ultima vontade, como dispõe no Código Civil (BRASIL, 2002)

“Os artigos 1.789, 1845, 1801 e 1.850 e a sucessão legítima ou “ab intestato” a qual é resultante de lei no casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento (arts. 1.786 e 1.788), passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária.” (BRASIL, 2002).

Já o segundo grupo está relacionado aos efeitos da sucessão, são integrantes desse grupo a sucessão por título universal, a qual ocorre quando existir transferência da totalidade ou de parte indeterminada da herança, tanto no seu ativo como no seu passivo, para o herdeiro do de *cujos*, que se sub-roga, abstratamente, na posição do falecido, como titular da totalidade ou de parte ideal daquele patrimônio no que concerne ao ativo, assumindo a responsabilidade relativa ao passivo. (DINIZ/2005)

A herança, segundo o Art. 1.791 do Código Civil (BRASIL, 2002), pode ser definida como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Sendo considerada indivisível, sendo assim todos os herdeiros serão condôminos até que ocorra a partilha. (TARTUCE, 2013)

Podemos definir herança também como um conjunto de direitos e de obrigações que se transmite, em função da morte, para um conjunto de pessoas que sobrevivem ao de *cujos*. (VENOSA apud HENRIQUES, 2009)

Ainda sobre o tema:

A herança cumpre de certa forma, uma função familiar, vez que pode ser entendida como uma modalidade de execução de um dever dos pais de garantir, materialmente, sua prole. Não pairam dúvidas de que, nos termos do artigo 5º, XXX de CF/88, a herança passou a ter proteção constitucional, devendo atingir a sua finalidade: garantir aos legitimados para suceder o direito de perceber aquilo que lhes é justo. (HENRIQUES apud TARTUCE, 2009, p. 18).

Ainda trazendo diferenciações sobre os institutos que norteiam o direito de herança, devemos caracterizar o que vem a ser legado.

“Este instituto caracteriza-se em uma disposição *mortiscausa*, a qual recai sobre coisa certa ou um valor em dinheiro e determinada deixada a alguém, se assemelhando a doação, dela diferenciando uma vez que é unilateral e só produz efeito com o falecimento do de cujos.” (SIMÃO apud DINIZ, 2013, pgs. 356-357)

Com a morte tem início automaticamente o processo de sucessão, transmitindo integralmente a propriedade aos herdeiros testamentários e legítimos. A esse ato de integral direito aplica-se um princípio de origem germânica chamado *Saisine*¹², o qual é adotado pelo Código Civil em seu artigo 1.784¹³. Portanto, esse é um dos principais princípios norteadores do Direito Sucessório. (GONÇALVES, 2009)

Ademais, advoga Carlos Roberto Gonçalves que “a transmissão da hereditária proporciona originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentaria” (GONÇALVES, 2009, p. 6-7)

Existe ainda o Princípio previsto no Artigo 426 do Código Civil, o qual determina que a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato. Desta maneira, ninguém tem o poder de dispor de herança de pessoa em vida, sendo vedado qualquer pacto sucessório. Cabendo ainda algumas exceções, como prevê o artigo 314 do CC. Fernanda Borges Henriques (2009, p. 19) citando a lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, art. 1.593.

Contudo, ainda deve haver muitos requisitos para se obter a herança, pois essa só chega definitivamente na mão dos interessados quando ocorre a partilha. Os legitimados para esse ato devem ser já nascidos, como também nascituros, ou seja, possuir aptidão para a

¹² O princípio *Saisine* consiste consistente em uma ficção jurídica que proporciona aos herdeiros a posse indireta do patrimônio deixado causa mortis pelo falecido.

Leia mais: <http://jus.com.br/artigos/23156/a-formula-saisine-no-direito-sucessorio#ixzz2z6jb1Quw>

¹³**Art. 1.784.** Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários

herança e não ser indigno. Cabendo ainda renúncia do herdeiro, sendo este um ato jurídico unilateral e não receptício, pelo qual o herdeiro ou legatário recusando a herança ou legado, ocorrendo assim, uma perda do direito, é como se ele nunca tivesse sido herdeiro, os efeitos desse ato são retroativos a data da abertura da sucessão, ou seja, extunc –art.1.804, caput, do CC/02.

O assunto tratado acima é polêmico e requer muito cuidado ao ser discutido. Mas vale ressaltar que a transmissão da herança é um resultado da morte, e, a hipótese de um indivíduo ainda não gerado se tornar herdeiro, traz uma grande insegurança jurídica aos sucessores vivos. Porém, a proibição desta futura prole de participar e ter o seu direito à herança gera uma inobservância constitucional, já que em relação aos filhos aplica-se, em regra, o princípio da igualdade, sendo este desrespeitado, caso não ocorra a participação dessa nova prole oriunda da reprodução assistida *post mortem*.

Assim tenta resguardar o tema a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC1784), mesmo que não nascidos (CC1798) e até as pessoas ainda não reconhecidas (CC1799), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor. (DIAS, 2008, p.117)

Desta forma, a Herança consiste em uma obrigação determinada tanto pelo ordenamento maior de nossa federação brasileira, em seu artigo 5º, XXX da CF, sendo uma modalidade de função familiar, uma vez que pode ser entendida como um dever dos pais de garantir materialmente os seus descendentes. Portanto, nenhum filho pode ser excluído da herança, a não ser pelos motivos determinados pelo artigo 1.804, parágrafo único, uma vez que aquilo que está determinado na Constituição é direito fundamental e não pode ser privado.

Tratando ainda, sobre os direitos e garantias dessa criança, será analisado no próximo capítulo, os reflexos do direito sucessório ao que tange a Reprodução assistida *post mortem*.

7 ANÁLISE DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POS MORTEM E A SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO.

No Brasil, como já foi esclarecido durante toda a pesquisa, não possui uma lei que determine a reprodução *post mortem*. Mas como a questão é polêmica, traz inúmeras discussões e posicionamentos, tanto na esfera civil, constitucional e ética, bem como, na área médica. A Resolução nº1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, que disciplina as

técnicas de reprodução assistida, mesmo não possuindo força normativa, serve como paradigma ético para sua utilização, e assim dispõe:

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

Foi com base nessa resolução que Mônica Noronha, após três meses da morte de seu marido, com o apoio de sua família realizou há 17 anos atrás, a primeira inseminação artificial *post mortem* no Brasil. Esse caso ganhou notoriedade quando foi apresentado em rede nacional pelo programa Fantástico, Relatou Mônica:

Faltavam 29 dias para gente casar quando ele teve o diagnóstico de uma doença séria, grave, diagnóstico de leucemia e a gente veio a casar no hospital depois. Eu só pensei 'eu amo esse cara que morreu e vou ter um filho'. E vou arcar com as consequências de ser uma mãe sem o pai", contou Monica na época. A minha família apoiava a decisão de eu ter um filho sozinha. A família dele apoiava e queria ter um neto. Eu procurei o médico e ele consultou a Sociedade Brasileira de Medicina, disse que não havia nenhum problema em fazer a inseminação porque todas as partes envolvidas aceitavam. E ele fez a inseminação. Não passou nem pela Justiça. A Justiça veio depois", conta. Na certidão de nascimento, dizia que existia o pai dela, mas não falava que ele tinha morrido um ano antes. E a certidão de óbito dizia que ele não tinha herdeiro. Então, eu precisava regularizar a certidão de óbito do meu marido, para que ficasse coerente com a certidão de nascimento da minha filha", explica Mônica. Depois de sete anos lutando na Justiça, Mônica conseguiu acrescentar, na certidão de óbito do marido a informação de que ele tinha, sim, uma herdeira. No entanto, eu nunca questioneei a herança da Camila e não sei qual é a opinião da Justiça em relação a isso, se ela é ou não é herdeira tendo nascido um ano depois que o pai morreu. (LEIS,2011, p.única)

Porém inúmeras decisões permitiram a reprodução post mortem, até mesmo em caráter liminar, e sem haver autorização expressa por parte do marido, fato que está comprovado por meio da ação que foi ajuizada perante a 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba/PR. Analisarmos o caso:

A paranaense Katia e o contador Roberto Jefferson Niels, 33, eram casados havia cinco anos. Tentavam engravidar naturalmente quando Niels foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica,

congelou o sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil. Em julho do ano passado, o casal iniciou o tratamento de reprodução, interrompido depois de um novo diagnóstico: o câncer havia se espalhado para os ossos. Sete meses depois, Niels morreu. Ela quis dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos, fazendo uma inseminação com o sêmen congelado. Mas, ao procurar o laboratório onde está o esperma de Niels, ela soube que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após sua morte. O laboratório alegou "razões éticas" para justificar a recusa. (LEIS,2011, p.única)

Todos os casos mencionados acima, demonstram a enorme problemática que envolve o tema em discussão. Todavia, neste capítulo, iremos nos reportar a discussão sobre o direito sucessório dessa prole advinda da reprodução assistida *post mortem*.

A legislação brasileira resguardou a presunção de paternidade dos filhos advindos pela utilização de tal meio e foi omissa, a respeito do procedimento a ser seguido no campo do Direito Sucessório, existindo assim lacunas, que não acompanharam o desenvolvimento da sociedade. O artigo 179 do CC, concede apenas o resguardo a aquela prole já nascida ou pré-concebida quando ocorre a sucessão. (ENÉIAS/2011)

Em contrapartida a esse posicionamento, vem o artigo 1.579, inciso III e IV, os quais afirmam respectivamente, que presume-se filhos, aqueles, havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; e os que são havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga. (ENÉIAS/2011)

É esse o artigo que nos concede, um dos respaldos mais contundentes, para se realizar a fertilização *post mortem* e buscar todos os direitos que esse novo ser tem para usufruir.

Porém, existem muitas divergências doutrinárias sobre o assunto. Parte dos doutrinadores defende a sua teoria com embasamento no artigo 1.799, I, do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser chamado a suceder a prole eventual de terceiro, de forma a entender que se poderia conceder esse direito à prole do próprio testador, contando que haja autorização expressa do *de cujus* nesse sentido (ENÉIAS/2011)

Coaduna com essa teoria Maria Helena Diniz, quando a mesma afirma que

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, contudo, poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*. (DINIZ, apud ENÉIAS, 2011, p. 47).

A outra hipótese usada pelos doutrinadores, tem como fundamento um posicionamento constitucional presente no artigo 227, § 6º da Constituição (BRASIL, 1988), proibindo qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos, bem como, o artigo 1.597, III e IV, do Código Civil, que assegura a presunção de concepção na constância do casamento, conforme já esclarecido no trabalho. (ENÉIAS/2011). Reafirma esse posicionamento o doutrinador Carlos Alberto Gonçalves, em sua obra de Direito Civil de Sucessões:

[...]são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “aqueles concebido na constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição (GONÇALVES, *apud* ENÉIAS, 2011, p. 47).

Existe ainda três posicionamentos abordados pelo Doutrinador Roberto Wider em seu livro Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética. Segundo o escritor, existem três correntes que são defendidas pelos operadores do direito no mundo. A primeira corrente defende a proibição total da reprodução assistida *post mortem*, tendo como seguidores desse conceitos os jusnaturalistas, adotada por Países como a Alemanha e a França. Já a segunda corrente aceita a realização da reprodução assistida *post mortem*, porém, exclui os direitos sucessórios dessa prole, sendo esse posicionamento seguido pelos ingleses, portanto, essa nova criança teria apenas direito a filiação do pai falecido, mas não à sucessão dos bens deixados por ele. (GADELHA/2009)

O terceiro e último posicionamento refere-se à aceitação da reprodução assistida *post mortem*, garantindo ao nascituro os direitos sucessórios aos bens não partilhados no momento do nascimento. Tendo como principal seguidor dessa teoria o Brasil, País o qual se utiliza bastante de regras protecionistas e tem uma Constituição baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade e que veda qualquer discriminação entre os filhos, tendo sido, assim, signatário desse posicionamento, como se pode ver em muitos julgados, como alguns que já foram supracitados. (GADELHA/2009)

8 CONCLUSÃO

O Presente artigo em seu início buscou evidenciar os resguardos que o Código Civil e os princípios constitucionais concederiam a esse ser. Pode-se constatar que o CC permite a

realização da reprodução *post mortem*, através do seu artigo 1.597, III, o qual, determina que presume-se filhos aquele havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido. Enquanto aos princípios, como relação ao princípio da igualdade, este determina que todos devem ser iguais, ou seja, que todos devem possuir o mesmo tratamento perante a lei, não podendo haver distinção entre as pessoas. Já o princípio da dignidade da pessoa humana tenta proteger direitos, como a vida, a saúde, a educação e a integridade física, tentando garantir esses direitos a todos e permitindo que todos possam conviver harmonicamente. Porém, percebe-se que não há, ainda, regulamentação precisa sobre o tema.

Constatou-se que as técnicas de reprodução assistida são muito bem aceitas pela nossa sociedade moderna, pois estas trazem uma nova esperança para as famílias que, por problemas fisiológicos de ambos ou de um dos parceiros, têm seus sonhos de paternidade destruídos.

Foi analisando o planejamento familiar e a sua evolução dentro da sociedade brasileira, e os efeitos que esse planejamento trouxe aos casais, permitindo-os o direito de escolher o momento de constituir a sua família. Concluindo assim, que essa idealização familiar é um dos fatores essenciais para a realização da reprodução *post mortem*, uma vez que os planos de alguns casais foram interrompidos, por algum motivo, como no “caso parpalaix”, mas que existe possibilidade de dar continuidade a esse sonho familiar, mesmo que de forma diversa da convencional.

Em seguida foi debatido o instituto da filiação, o qual preza pela relação entre pais e filhos. A princípio esse instituto foi tratado com segregação por meio do Código Civil de 1964, quando o mesmo determinava que seriam filho apenas aqueles advindos do casamento. Todavia, com o surgimento da Constituição de 1988, em seu artigo 227, §6º, o qual preceitua que todos os filhos possuem os mesmos direitos, sendo eles havidos pelo casamento ou adoção. Esse artigo concede um respaldo significativo para as crianças oriundas da reprodução *post mortem*, pois esses novos indivíduos deverão também ser tratados com igualdade.

A herança e o direito à sucessão dessa criança, acima mencionada, também estava comprometido, pois o Código Civil em sua essência não resguardava o direito desse ser, uma vez que a transmissão da herança é resultado da morte, e, a hipótese, de indivíduo ainda não gerado se tornar herdeiro, traz uma enorme insegurança jurídica aos sucessores vivos. Mas, tendo como base o artigo supracitado, e o que é defendido por muitos doutrinadores, essa nova prole deve participar da herança, sendo assim tratado igualmente como os outros filhos.

Contudo, o que se pode constatar nesse trabalho é a enorme lacuna que o

ordenamento jurídico brasileiro possui sobre o assunto em discussão e o prejuízo que essa ausência legislativa traz para as pessoas que submetem-se a reprodução assistida *post mortem* e, em excepcional, com relação ao direito sucessório dessa nova prole. Para não deixar de tutelar esse novo ser, muitos juristas se utilizam dos entendimentos doutrinários e do direito comparado para realizar suas decisões. O Código Civil Brasileiro apresenta respaldos diferentes com relação ao assunto abordado. Segundo a legislação, em seu artigo 1.978, há legitimidade para suceder apenas as pessoas nascidas ou já concebidas. Já o artigo 1.799, inciso I, permite aos filhos não concebidos a possibilidade de se tornarem sucessores legítimos, desde que indicados no testamento e vivos no momento da sucessão”). Por fim, o artigo 1.597, inciso III, preconiza que proles havidas por fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o pai, são presumidas como filhos.

Diante de toda essa polêmica, filiamo-nos ao posicionamento majoritário adotado pelo Brasil de que a reprodução assistida *post mortem* é perfeitamente cabível no ordenamento jurídico, garantindo ao nascituro os direitos sucessórios aos bens não partilhados no momento do nascimento. Esse posicionamento, além de majoritário, é mais sensato, pois entende que a exclusão da sucessão legítima à filiação originária, por meio da reprodução *post mortem*, não é a melhor solução legal. Isso por que, entender de forma contrária seria violar o preceito constitucional de igualdade entre os filhos, independentemente da origem dessa filiação, sendo ela natural ou artificial (art. 227, §6º da CF).

Entendemos, portanto, que, diante de tantas lacunas e posicionamentos diferentes sobre o tema, existe uma enorme distância para que possa surgir um posicionamento absoluto e pacífico sobre o assunto, visto que, este requer estudos e aprofundamento em diversas áreas. Espera-se, por fim, que a lacuna existente não prejudique, sobremaneira, os indivíduos que são submetidos a esse tipo de fertilização.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL.Constituição-1988.Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado,1988.

BRASIL, Novo Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o código civil brasileiro, Brasília, DF,2002

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ªed. São Paulo: ed. Revista dos

Tribunais, 2007

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões, 19ªed. São Paulo: Saraiva, 2005

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões, 3ª ed, v. VII. São Paulo, Saraiva, 2009.

TARTUCE Flávio.; SIMÃO José Fernando. Direito Civil: **Direito das sucessões**, 6ª ed. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões. 5ªed. São Paulo: Atlas S/A, 2005

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e biodireito**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-e-biodireito>
Acesso em: 25 de fevereiro de 2014 às 18h22min.

BRASIL. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm
Acesso em: 06 de abril de 2014 às 10h23min.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
Acesso em: 16 de abril de 2014 às 18h45min.

BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm
Acesso em: 26 de abril de 2014 às 02h51min.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

Acesso em: 10 de abril de 2014 às 22h34min.

CARDIN, Valéria Silva Galdino.; CAMILO, Andryelle Vanessa de. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem**. Disponível em:

<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/view/10963>

Acesso em: 01 de abril de 2014 às 20h35min.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.957/2010**. Modifica as regras relativas à reprodução assistida. Disponível em:

http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm

Acesso em: 22 de abril 2014 às 15h23min.

COSTA, Ana Maria.; GUILHEM, Dirce.; SILVER, Lynn Dee de. **Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão**. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v6n1/a09v6n1>

Acesso em: 22 de março de 2014 às 18h15min.

ENÉIAS, Mirian Soares.; PEREIRA, Marjorie de Souza de. **A reprodução assistida post mortem à luz do direito sucessório**. Disponível em:

<http://unipacaraguari.edu.br/oPatriarca/v4/arquivos/trabalhos/ARTIGO04MIRIA.pdf>

Acesso em: 08 de abril de 2014 às 21h30min.

GADELHA, Alessandra Silva. **A reprodução assistida homóloga post mortem e o direito sucessório do nascituro à luz dos arts 1.597 e 1.571 do Código Civil**. Disponível em:

<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/3338/1/Alessandra%20Silva%20Gadelha.pdf> .

Acesso em 23 de abril às 18h32min.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. **Repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança**. Disponível em

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf Acesso em 17 de março às 20h24min

LEAL, Paula Mallmam de. **Os reflexos sucessórios da inseminação post mortem**.

Disponível em:

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/paula_leal.pdf

Acesso em: 06 de abril de 2014 às 19h20min.

LEIS, Luciana. **Nasceu em Curitiba a menina Luiza Roberta, fruto de um procedimento de reprodução assistida post mortem**. Blog da psicóloga Luciana Leis, publicado em junho de 2011. Disponível em: <http://lucianaleis.wordpress.com/2011/06/>

Acesso em: 21 de abril de 2014 às 10h30min.

MOURA, Marisa Decatde.; SOUZA, Maria do Carmo Borges de.; e SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida. **Um pouco de história**. Revista SBPH, vol. 12, nº 2. Rio de Janeiro: Ed. SBPH, 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1516-08582009000200004&script=sci_arttext

Acesso em: 20 de março de 2014, às 16h20min.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. Disponível em:

<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>

Acesso em 06 de março de 2014 às 21h19min.

SILVA, Rodrigo Alves da. **A fórmula “saisine” do direito sucessório**. Portal jus navegandi, publicado em: dezembro de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23156/a-formula-saisine-no-direito-sucessorio>

Acesso em: 16 de abril de 2014, às 15h35min.