

REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

João Paulo de Sousa Canário¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

Expõem-se algumas problemáticas existentes no direito brasileiro acerca das presunções de paternidade estabelecidas pelo artigo 1.597, e incisos, do Código Civil de 2002. Realiza-se, de início, uma breve análise da dinâmica populacional brasileira com base nos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). Além disso, tecem-se considerações sobre as formas de reprodução assistida, dando-se ênfase à discussão do direito sucessório do filho havido após a morte de seu genitor, hipótese esta prevista no inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil, utilizando-se como método o estudo teórico sobre o tema.

Palavras-chave: Reprodução Assistida *post mortem*. Presunção de Paternidade. Direito Sucessório.

ASSISTED REPRODUCTIVE *POST MORTEM* AND THE SUCCESSION LAW

ABSTRACT

Expose some existing problems in Brazilian law regarding the presumption of paternity established by Article 1.597, and clauses, of the Civil Code of 2002, performing at first, a brief analysis of the Brazilian population dynamics based on the census of the Brazilian Institute of Geography and statistics- IBGE. Furthermore, weaves considerations regarding forms of assisted reproduction, with emphasis on the discussion of inheritance law of the child born after the death of his parent, hypothesis provided in clause III of Article 1.597 of the Civil Code, using as method, the theoretical study about the subject.

Keywords: Assisted Reproductive *Post Mortem*. Presumption of Paternity. Succession Law

1 Discente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI-RN.
E-mail: jp.canario@gmail.com

2 Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte- UNI-RN.
E-mail: rosangela.mrm@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

A ciência cada vez mais vem evoluindo na seara medicinal, trazendo grandes inovações que jamais seriam possíveis de imaginar até pouco tempo atrás, fazendo surgir grandes indagações no campo ético, moral, religioso e jurídico. Nesse contexto, as técnicas de reprodução humana assistida surgiram como uma solução dada pela ciência às pessoas impossibilitadas de gerar filhos de forma natural. Contudo, tais procedimentos padecem de regulamentação jurídica, haja vista a omissão do legislador em versar sobre essas questões de grande relevância para o meio forense.

Sabe-se que o Direito deve sempre acompanhar as transformações existentes na sociedade, de modo a regulamentar todas as relações humanas. Porém, nem sempre a produção legislativa consegue acompanhar essas mudanças na mesma velocidade em que elas acontecem. Isso se deve ao rigor dos procedimentos de elaboração das leis, as quais acabam sendo promulgadas muito tempo depois de sua criação, às vezes entrando em vigência já desatualizadas com relação ao seu contexto social.

O Código Civil de 2002 muito inovou quando trouxe as hipóteses em que se presume a paternidade dos filhos gerados artificialmente, elencadas nos incisos III, IV e V, todavia deixou de abarcar outras questões que envolvem a reprodução assistida, como o direito sucessório dos filhos gerados mediante o emprego dessas técnicas.

Dessa forma, a problemática gerou posicionamentos diversos na doutrina, não existindo, atualmente, consenso a respeito das várias situações que decorrem da procriação por meio daqueles métodos artificiais.

Em um primeiro momento, busca-se neste estudo fazer uma breve análise do perfil populacional brasileiro, até mesmo para considerar a importância das técnicas de reprodução assistida para a sociedade, e os fatores que influenciam direta e indiretamente para os índices populacionais.

Em um segundo momento, são explanadas, de forma teórica, as técnicas de reprodução assistida existentes e os seus reflexos no ordenamento jurídico, pondo em evidência algumas questões, como, por exemplo, a exigência legal da autorização do cônjuge em algumas situações envolvendo a reprodução artificial.

Por fim, passa-se a analisar a reprodução assistida *post mortem* e o direito sucessório da pessoa nascida por este tipo de reprodução, expondo-se as mais diversas correntes doutrinárias existentes sobre o tema.

Vale ressaltar que o presente estudo não pretende apresentar uma solução perfeita para o caso, no entanto buscamos estabelecer uma reflexão acerca do assunto e alertar para a necessidade da elaboração de uma lei que venha a regulamentar a matéria.

2 O PERFIL DA POPULAÇÃO BRASILEIRA ATUAL

Antes de adentrarmos especificamente no tema proposto, mister se faz uma análise perfunctória do perfil atual da população brasileira, para termos uma ideia inicial de como ela se apresenta na hodiernidade com base no seu ritmo de crescimento, para que, posteriormente, possamos tecer algumas considerações a respeito das técnicas artificiais de reprodução e de sua importância para a coletividade, e finalmente expor a problemática desses avanços científicos em relação ao nosso direito, mais especificadamente em relação ao direito sucessório do filho havido após a morte de seu genitor.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE)³, a taxa de fecundidade no Brasil está em declínio. Esta taxa se refere ao cálculo estipulado do número de filhos que uma mulher gerará no decorrer de sua vida.

Os dados obtidos na pesquisa demonstram a diminuição daquela taxa em uma projeção realizada entre os anos de 2000 a 2060, fazendo uma distribuição do estudo entre todas os estados da federação, bem como na universalidade do país. Os resultados obtidos chegaram a conclusão que no ano de 2000 a taxa de fecundidade total, ou seja, em relação ao Brasil como um todo, era de 2,39 filhos por mulher. Já em 2028, este índice passa a ser previsto como sendo de 1,52. A partir de 2029 o índice passa a ser de 1,51, mantendo-se estável até 2033. O mesmo acontece a partir de 2034, quando o índice cai para 1,50 e permanece até 2060.

Como podemos perceber pelos dados expostos anteriormente, estima-se que haverá um menor crescimento da população brasileira com o passar dos anos, em razão do baixo índice de fecundidade, o qual, como visto, não para de diminuir. Em outras palavras, apesar de a população brasileira continuar crescendo, embasando-se na mesma pesquisa, este crescimento se dará de forma lenta.

Ainda segundo a pesquisa do IBGE, haverá um crescimento da população, embora vagarosamente, até o ano de 2042, quando a população chegará ao número máximo de

³ http://ftp.ibge.gov.br/Projecao_da_Populacao/Projecao_da_Populacao_2013/nota_metodologica_2013.pdf. Acessado em: 7/9/2014.

228.350.924 de pessoas. A partir daí, nos anos de 2043 em diante, este número tende a baixar, chegando no total de 218.173.888 em 2060, um déficit de 10.177.036 pessoas em 18 anos.

2.1 Fatores que interferem no índice de fecundidade brasileiro

Existem inúmeras teses que tentam explicar o porquê do fenômeno da diminuição da taxa de fecundidade. Uma delas se dá pelo fato das mulheres estarem adiando cada vez mais o momento de terem seus filhos. Justificando-se, dentre outras coisas, pela própria realidade do mercado de trabalho, em que cada vez mais se faz necessária a qualificação e a especialização de mão de obra.

Essa circunstância se reflete de maneira indireta na taxa de fecundidade, uma vez que, em razão das exigências do mercado atual, as mulheres estão mais empenhadas em se profissionalizar, se qualificar e se especializar em determinado segmento no intuito de se inserir no mercado de trabalho ou crescer no ramo em que já atuam, para só depois pensar em ter filho, passando-se aí longos anos sem engravidar, isso quando não desistem da maternidade ou não podem mais gerar filho em razão da idade avançada.

Outro fator é o alto custo financeiro no sustento de uma criança, servindo muitas vezes como um freio na hora de pensar em ter um – ou mais de um – descendente.

Os métodos contraceptivos como a camisinha e a pílula anticoncepcional, por exemplo, também têm um importante papel para a baixa taxa de fecundidade, uma vez que eles servem como uma verdadeira barreira para a gravidez; além do fato da existência de infertilidade em muitas mulheres e homens, os quais são naturalmente impossibilitados de gerar filho.

Sobre este último fator específico, qual seja, a infertilidade, a ciência tem se mostrado uma grande aliada para reverter esta incapacidade, uma vez que, por meio da medicina, surgiram várias técnicas de reprodução que têm proporcionado às pessoas que sofriam desse problema, a possibilidade de gerar seus filhos.

O ordenamento jurídico brasileiro traz algumas soluções para o problema da infertilidade quando se volta às técnicas de reprodução assistida, considerando a presunção de paternidade em alguns casos provenientes daquele tipo de reprodução, por exemplo.

Não obstante, permite, do mesmo modo, o instituto da adoção para os casais ou indivíduos que não podem gerar filho naturalmente, mas que também não querem se submeter

a um procedimento como a reprodução assistida, que muitas vezes é demorado e nem sempre logra êxito, já que só há uma probabilidade de este procedimento venha a ter sucesso, e também quando permite a barriga de substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, entre outros. Falaremos mais das técnicas de reprodução assistida nos próximos tópicos.

3 O DIREITO À PROCRIAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais sob o viés da ética “são os valores básicos para uma vida digna em sociedade⁴”. No entanto, nem todos esses valores são protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que apenas alguns deles foram escolhidos para receberem uma atenção especial pelo Direito.

Alexandre de Moraes (2013) atesta que:

A noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.

A Constituição Federal é a fonte primária dos direitos fundamentais⁵, de forma que, por seu grau de hierarquia diante das demais normas, deve ser observada e respeitada por todos os dispositivos infraconstitucionais, bem como por todos os indivíduos da sociedade, inclusive na aplicação daqueles direitos fundamentais, sob pena de punição, como está assegurado no artigo 5º, XLI⁶, do nosso texto constitucional.

Ressalta Moraes (2013):

Que é a *proteção judicial* que torna efetiva a garantia e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição (STJ – 6ª T. – Resp nº 37.287-9/SP – rel. Min. Adhemar Maciel – *Ementário*, 12/19), devendo, portanto, o legislador ordinário, em cumprimento ao presente mandamento constitucional, fornecer ao Poder Judiciário os instrumentos necessários ao combate à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4 Marmelstein, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2013. Pág. 15.

5 Curso de Direito Fundamentais. 2013.

6 Art. 5º, XLI da Constituição Federal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Portanto, o artigo 1.565, § 2º, do Código Civil de 2002⁷ veio para confirmar o que já estava disposto na nossa Constituição Federal de 1988 sob forma de direito fundamental, qual seja, o da reprodução sexual, previsto no artigo 226⁸, § 7º, deste dispositivo, que resulta do direito à descendência e ao planejamento familiar.

Ao falarmos em direito à procriação como base do planejamento familiar, consoante expresso na nossa Constituição Federal, estamos nos referindo a um dos direitos mais básicos do ser humano, tendo em vista a condição naturalmente inerente aos indivíduos, qual seja, a de se reproduzir. Tal condição faz parte da conhecida premissa que sintetiza a existência humana, a qual prega que, em regra, os indivíduos irão nascer, crescer, se reproduzir e morrer. Não reconhecer o direito à procriação acarretaria uma afronta direta aos Direitos Humanos, tão debatidos atualmente.

A fim de demonstrar uma maior abrangência deste direito, colacionamos o entendimento firmado na Conferência Internacional de Beijing de 1995, citado por Barboza (2013), o qual assim dispõe:

Os direitos reprodutivos incluem certos direitos humanos que já estão reconhecidos nas leis nacionais, nos documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos firmam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsavelmente o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos e o intervalo entre eles, e a dispor da informação e dos meios para tanto e o direito de alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva.

Todavia, este direito não é absoluto, como afirma Diniz (2011), tendo em vista que, ao se falar em planejamento familiar, deve-se levar em consideração o bem-estar da prole e da sociedade como um todo. Portanto, aquela autora esclarece que a liberdade reprodutiva dos casais e dos indivíduos deve se pautar em responsabilidades, uma vez que não lhe são permitidos a prática do aborto, nem do abandono de menores, por exemplo.

Em síntese, deve haver uma harmonização entre o direito à procriação, relacionado ao direito de planejamento familiar, com o direito à vida das crianças que serão geradas bem como das que já nasceram.

7 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.

8 Artigo 226, § 7º, da Constituição Federal: “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”.

4 O AVANÇO DA CIÊNCIA E AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Sob a ótica do direito à procriação e do livre planejamento familiar, a ciência muito vem evoluindo para contornar alguns problemas relacionados à reprodução sexual. Através dela foi possível o surgimento de muitas técnicas de reprodução artificiais (também chamadas de técnicas de reprodução assistida) capazes de realizar o desejo de muitas pessoas que não podiam gerar naturalmente seus filhos.

Entende-se a Reprodução Assistida (RA) como sendo:

O conjunto de procedimentos no sentido de contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada” (FRANÇA. 2014. P. 288).

Essas técnicas se dividem em fertilização *in vivo* (mais conhecida como *inseminação artificial*), *in vitro*, homóloga e heteróloga.

Segundo Diniz (2011):

Ter-se-á inseminação artificial quando o casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hemafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.

A fertilização *in vivo*, ou *inseminação artificial*⁹ se dá pela introdução dos gametas masculinos no interior do aparelho reprodutor feminino através de um instrumento, qual seja, um tubo, que deposita o sêmen no interior do útero da mulher que irá gerar a criança. A concepção se dá, portanto, de forma intrauterina, ou seja, a união do espermatozoide com o óvulo é feita dentro do próprio corpo feminino que dá “a luz” à criança.

Já na fertilização *in vitro* (FIV), há a produção de vários embriões em laboratório utilizando-se dos gametas masculinos e femininos. Após a fecundação desses gametas, que se dará de forma extrauterina, ou seja, fora do aparelho reprodutor da mulher, será introduzido o material fecundado, através de um tubo, no útero da mulher que irá gerar o bebê. Desta forma,

9 O enunciado nº 105 da I Jornada de Direito Civil assim considera que: “as expressões ‘fecundação artificial’ ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, nos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”.

o que se introduz no corpo da mulher é o óvulo já fecundado, denominado cientificamente de zigoto. O restante dos embriões que não foram introduzidos na mulher, chamados de embriões excedentários, sofrerão regulamentação própria.¹⁰

A fecundação *in vitro* se difere da fecundação *in vivo* na medida em que neste último o que se introduz no corpo feminino são os gametas masculinos, os espermatozoides. De qualquer modo, ambas podem se dar de forma homóloga ou heteróloga, a depender da origem dos materiais genéticos.

Na fecundação homóloga, os materiais genéticos utilizados advêm do próprio casal que será os pais da criança gerada. Já na fecundação heteróloga, os materiais genéticos tem procedência diversa dos pais que irão manter a relação parental com a criança. Isso se dá pelas hipóteses de junção do espermatozoide de outro homem com o óvulo da mãe da criança, ou do espermatozoide do pai da criança com o óvulo de outra mulher. Em ambos os casos, a mulher que fará a gestação do nascituro pode ou não ser integrante do casal que busca ter o filho. Em outras palavras, quando há a fecundação homóloga ou heteróloga, o zigoto formado poderá ser introduzido no útero da mãe, a mulher do casal, ou numa terceira que se disponha em sustentar a gravidez, sendo essa gestação denominada de “gestação de substituição”.

Segundo Diniz (2011):

Essas técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução da situação atual de infertilidade (Res. CFM n.1.957/2010, Seção I, n. 1 e 2).

4.1 As técnicas de reprodução assistida no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro faz algumas considerações a respeito destas técnicas reprodutivas na Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, a qual instituiu o que chamamos de novo Código Civil, em seu artigo 1.597¹¹, incisos III, IV e V.

¹⁰ A resolução 2.013/13 do CFM assim aduz item V, 2, 3: “2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

O legislador, através do artigo retro, extirpou algumas problemáticas causadas pelas omissões de tal assunto no antigo Código de 1916¹², quando trouxe algumas presunções de paternidade baseadas nas hipóteses de reprodução artificial. Porém, ainda não foi o bastante para resolver todas as questões jurídicas envolvendo estes tipos de reprodução.

Sílvio Rodrigues (2007) reconhece a inovação trazida pelo Código Civil de 2002 em relação às técnicas de reprodução assistida, apesar de criticar o modo como essas inovações foram expostas à sociedade. Segue seu posicionamento:

Audaz o legislador em incluir os filhos assim nascidos no artigo relativo à identificação da paternidade por presunção. Porém, irresponsável, e muito, por não ter regulamentado essa matéria no Código. Assim, a introdução desses incisos os tornam órfãos e totalmente desamparados de uma sistemática normativa.

Da mesma forma, entende Venosa (2005) que:

O Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.

Todavia, no intuito de dirimir alguns dos problemas relacionados à omissão do legislador ao se posicionar diante de tais assuntos, os aplicadores do direito vêm se baseando na Resolução 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a qual ab-rogou a antiga resolução 1.957/10 do mesmo órgão.

Este dispositivo infraconstitucional, apesar de não ter força de lei, e de ter sido criado para regulamentar as práticas dos profissionais da saúde no que tange aos procedimentos éticos que devem ser adotados nas técnicas de reprodução assistida, muito tem ajudado o Direito a dar respostas a alguns casos concretos que ainda não tiveram previsão em lei. Portanto, a partir dela, faremos algumas considerações que julgamos pertinentes nos próximos tópicos.

4.2 A questão do consentimento

-
- 11 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 autorização do marido.
- 12 O Código Civil de 1916 se limitava a reconhecer a presunção de paternidade, apenas em relação ao tempo no qual nascerem os filhos do casal (artigo 338), da mesma forma em que foi mantido no atual Código de 2002, em seu artigo 1.597, incisos I e II.

O já referido artigo 1.597 do Código Civil, ao elencar as hipóteses de presunções de paternidade, fê-lo apenas em relação aos filhos concebidos na constância do casamento, consoante a premissa romana do *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*¹³. Aquele dispositivo deixou de lado, portanto, as hipóteses de casais que vivem em união estável¹⁴.

Tal artigo usou-se de lapsos temporais para fixar a presunção de paternidade nos seus incisos I e II, bem como considerou as hipóteses dos filhos provenientes das técnicas de reprodução assistida, já discutidas anteriormente, nos incisos restantes. No terceiro e quarto incisos do artigo retro, o legislador faz referência aos filhos que foram gerados utilizando-se da técnica de reprodução assistida do tipo homóloga.

O terceiro inciso traz a possibilidade de utilização do material genético doado pelo casal, mesmo após a morte do doador, para que seja concebido o embrião e a futura implantação no útero da doadora, gerando assim a criança. Nesse caso, o Código Civil presume a paternidade do cônjuge ou companheiro morto em relação àquela.

Porém, o enunciado 106¹⁵ do Conselho de Justiça Federal aprovado pela I Jornada de Direito Civil, condiciona a utilização do material genético, após a morte do doador, ao estado de viuvez em que deve se encontrar o cônjuge, e à autorização do doador por escrito, quando ainda em vida.

Já na hipótese do inciso quarto, os embriões já foram concebidos artificialmente, estando, eles, criopreservados em laboratório, podendo ser utilizados a qualquer tempo, inclusive após a morte do genitor, presumindo-lhe, de igual modo, a paternidade em relação da criança que venha a ser gerada.

Nesses pontos, não há muitos questionamentos a respeito do vínculo genético entre a criança gerada e seu ascendente, já que o material utilizado para a fecundação provém do próprio casal e, portanto, a presunção de paternidade é logicamente atribuída ao dono do material genético masculino, que no caso, é o marido na relação conjugal.

A problemática maior surge com o inciso V, na inseminação heteróloga, uma vez que não há a existência do vínculo genético e a lei impõe a autorização do marido para que seja feito o procedimento. Já que há necessidade de autorização do marido, de forma expressa e

13 Frase romana que significa, em uma tradução livre: “Pai é quem o casamento demonstra”, ou seja, o homem de um relacionamento conjugal, será o pai dos filhos que nascerem na constância da relação.

14 O projeto de lei 90/99, que dispõe sobre a procriação medicamente assistida, considera os indivíduos que convivem em união estável para fins de aplicação de seus artigos.

15 O enunciado 106 do Conselho de Justiça Federal aprovado pela I Jornada de Direito Civil assim dispõe: “Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

escrita¹⁶, por imposição legal, para que seja reconhecida a sua paternidade em relação a criança gerada pela técnica de inseminação artificial heteróloga, como ficaria, por exemplo, o caso da mulher realizar a fecundação sem a aludida autorização?

Sabe-se que, uma vez autorizada pelo marido¹⁷, na inseminação artificial heteróloga a presunção de paternidade torna-se absoluta, não podendo, o então pai da criança gerada, utilizar-se da ação negatória de paternidade para se desvincular de sua obrigação legal de parentesco com a mesma.

Está presente, neste caso anterior, a autonomia da vontade¹⁸, a boa fé e a segurança jurídica, que freia uma possível aventura irresponsável do indivíduo em concordar com um procedimento e depois se arrepender, e querer voltar atrás do que firmou; está presente também o princípio da dignidade da pessoa humana, o da paternidade responsável, e principalmente, o do melhor interesse da criança e do adolescente, este último expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227¹⁹.

Corroborando com este entendimento, Diniz (2011) afirma:

É preciso reabilitar a paternidade e maternidade responsável, de forma a que sejam bem compreendidas e assumidas, desempenhando suas importantes funções dentro da família, para que seus filhos cresçam num ambiente sadio e equilibrado.

Porém, como fica o caso já citado em que a mulher se submete à inseminação artificial heteróloga sem autorização expressa do seu cônjuge?

Barboza (2013) considera que:

Diante do silêncio da lei quanto à forma da autorização, é razoável admitir-se o consentimento implícito do marido, que será considerado, por exemplo, por condutas que revelem ter ele ciência do procedimento e sua concordância com ele. Ao saber que sua mulher se vale da reprodução

16 Segundo entendimento da Resolução 2.013/13 do CFM, no item I, 3, que assim dispõe: “O consentimento 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, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida”.

17 Segundo Heloisa Helena Barboza: “nada impede, à evidência que os cônjuges formalizem o consentimento em outro document público ou particular”.

18 O enunciado 104 aprovado na I Jornada de Direito Civil assim dispõe: “-Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

19 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.

assistida, deve o marido manifestar de pronto sua discordância, sob pena de lhe ser atribuída a paternidade por força da lei.

Consoante esse entendimento, se o marido não autorizar expressamente a fecundação conforme este molde, mas se comporta de maneira voluntária para que se chegue ao resultado final do procedimento, que é a gravidez de sua esposa ou companheira, deverá ser considerado pai da criança. É o caso, por exemplo, do cônjuge que acompanha e participa de todo o procedimento da reprodução assistida, sem fazer nenhuma objeção, hipótese em que fica configurada a presunção relativa.

Não obstante, também existe a hipótese da não autorização expressa do marido, e este também não concordar com a técnica de reprodução em questão. Neste caso, por estar enquadrado justamente na situação inversa do inciso V, do artigo 1.597, não se pode imputar à figura masculina da relação, a presunção absoluta de paternidade do bebê gerado pela utilização de gametas de um doador alheio, uma vez que não existiu o consentimento daquele.

Porém, nada obsta que o então marido que não consentiu expressamente na utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga, chegue a reconhecer a criança, como filho ou filha, uma vez que poderá existir entre eles uma relação mútua de afeto e carinho, configurando uma paternidade socioafetiva.

Outra indagação importante diz respeito ao inciso IV do art. 1.597, o qual faz referência aos embriões²⁰ excedentários, aqueles oriundos da fertilização artificial, mas que não foram introduzidos no útero da mulher para serem gerados, sendo eles conservados em laboratório²¹.

A lei permite que tais embriões sejam utilizados a qualquer tempo, mantendo-se a presunção da paternidade desde que provenientes da técnica de reprodução assistida do tipo homóloga. No entanto, em caso de divórcio, surge a necessidade do ex- casal realizar, de forma expressa e escrita, a autorização para que estes embriões sejam utilizados²².

A resolução 2.013²³ amplia ainda mais as hipóteses em que se faz necessária a autorização expressa e escrita do casal para a utilização dos embriões excedentários. Além do

20 A resolução 2.013/13 do CFM, no item VI, 3, estabelece que: “O tempo máximo de desenvolvimento de embriões ‘in vitro’ será de 14 dias”

21 A resolução 2.013/13 do CFM, no item V, 2, aduz que: “O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados”.

22 Em uma das Jornadas de Direito Civil realizadas em Brasília em 2002, foi aprovado o enunciado 107, em relação ao art. 1.597, IV, do Código Civil: “Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”.

23 Resolução 2.013/13 do CRM, item V, 3: “No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

já mencionado caso do divórcio, aquela resolução exige também a autorização dos cônjuges em relação a destinação dos embriões excedentários, em caso de doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, bem como quando aqueles desejarem doar o material criopreservado. Já o inciso III do artigo do Código Civil em análise trata da reprodução assistida por meio da fecundação homóloga. Tal inciso abre um leque para duas hipóteses previsíveis, que é o caso do filho havido por esta técnica de reprodução enquanto vivo o genitor, bem como após a morte deste, visto que aquele dispositivo prevê a possibilidade do reconhecimento da paternidade do filho havido mediante aquela técnica, mesmo que já falecido o marido.

Sobre a primeira hipótese, não há muitas indagações a se fazer, uma vez que a criança gerada por aquele procedimento artificial advém da fecundação do material genético do próprio casal, o qual anteriormente, abarcado pelo direito ao planejamento familiar responsável, concorreu espontaneamente para a sua finalidade, qual seja, o nascimento de seu descendente.

Em síntese, não há o que se contestar de uma reprodução na qual os gametas utilizados para a fecundação foram concedidos espontaneamente pelo próprio casal, o que leva a crer que ambos os cônjuges concordaram na realização da gravidez. Já em relação à segunda hipótese, a controvérsia se estabelece no momento em que o ordenamento jurídico permite que haja a implantação do material fecundado e, conseqüentemente, a geração de uma criança, mesmo após a morte do dono do material genético.

Tal possibilidade, por se tratar do objeto específico do presente estudo, será analisado isoladamente nos próximos tópicos.

5 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

É sabido que a sociedade está em constante transformação, e a ciência cada vez mais tem feito descobertas revolucionárias na área da medicina que desafiam até mesmo a nossa idealização de futuro. Há alguns anos, por exemplo, era inimaginável pensar na hipótese de que uma criança pudesse ser gerada sem que houvesse contato sexual entre seus pais. Hoje, isso não é só possível, cientificamente falando, através das técnicas de reprodução artificiais,

como também são realidades artificiais como a clonagem de animais²⁴, transplante de tecidos e órgãos humanos, entre outras inovações, embora algumas delas não sejam ainda permitidas pelo nosso ordenamento jurídico.

Acontece que nem sempre o Direito consegue acompanhar essa dinâmica social e científica na mesma velocidade em que ela acontece, fato este que podemos comprovar quando nos reportamos para o Código Civil de 1916 e constatamos que o mesmo não fazia nenhuma menção à reprodução humana artificial, bem como suas diversas modalidades encontradas na atualidade.

Como vimos, o Código Civil vigente trouxe consideráveis modificações que inovaram o ordenamento jurídico brasileiro, quando admitiu a previsão e a regulamentação de algumas hipóteses envolvendo a filiação proveniente das técnicas de reprodução assistida, apesar de não ter sido satisfatória para solucionar toda a problemática que surgiu com a popularização daqueles procedimentos.

Um desses problemas surge justamente quando aquela norma infraconstitucional confere a possibilidade do nascimento de uma criança após o falecimento de seu genitor através de material genético criopreservado em laboratório, comentada no capítulo anterior.

Podemos entender como Reprodução Humana Assistida *post mortem* a possibilidade de utilização de material genético de ambos os cônjuges ou companheiros de um relacionamento, para serem fecundados de forma artificial, após o falecimento da figura masculina que disponibilizou os seus gametas.

O primeiro caso enfrentado pelo judiciário referente a reprodução assistida *post mortem* foi o “caso Parpalaix”, em 1984, na França, no qual assim relata Freitas²⁵ (2008):

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole.

Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo.

O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo.

24 O caso mais conhecido de clonagem animal, hoje em dia, é o da ovelha Dolly, gerada em 1996 de forma artificial, utilizando-se de uma célula mamária de uma ovelha macho, que através de técnicas em laboratório, foi possível a sua fecundação com outra célula, e o nascimento de um clone perfeito daquele em que foi colhida a célula.

25 Texto retirado do artigo “Reprodução assistida após a morte e o direito de herança”, localizado no site: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reproducao-assistida-apos-morte-e-o-direito-de-heranca>. Acessado em: 25/10/2014.

Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozóides não estavam mais próprios à fecundação.

A possibilidade de uma criança poder ser gerada após a morte de seu pai acarreta inúmeros questionamentos, tanto jurídicos, quanto éticos e morais, em razão da complexidade do tema, haja vista que até pouco tempo atrás, não se poderia imaginar a viabilidade de um ser humano poder ser gerado nessas condições.

Tal fato justifica a não observância dessa temática no código Civil de 1916, em razão de que, na época de sua criação, não existiam casos reais de fecundação artificial²⁶. Porém, alguns problemas em relação ao filho havido *post mortem* de seu genitor, já começaram a surgir enquanto vigente o antigo código, como assevera Diniz (2009):

Na vigência do Código Civil de 1916 surgiram muitos problemas como: a criança seria filha de quem? Embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria, juridicamente, extramatrimonial, não teria pai, nem poderia ser registrada como filha matrimonial do doador, por ter nascido 300 dias após o óbito do marido? De *lege lata*, o inseminado *post mortem* seria filho extramatrimonial e somente da mãe. Poder-se-ia pretender nascimento de órfão?

Ainda conforme aquela autora (2011), “o filho concebido *post mortem* não teria, segundo o Código Civil de 1916, um lar sob o amparo dos pais, nem uma vida normal, pois poderia haver prejuízo para a sua personalidade e integração social”.

Hodiernamente, apesar de não ser permitida expressamente, bem como não há regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro, a reprodução assistida *post mortem*²⁷ é reconhecida no inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil de 2002.

Na Espanha é vedada a utilização de material genético do cônjuge falecido para fins de reprodução artificial²⁸, mas permite-se que o marido deixe uma autorização, através de escritura pública, permitindo a utilização de seu material genético, para que seja gerado um filho seu no período de 12 meses subsequentes à sua morte, podendo o seu consentimento ser revogado a qualquer tempo antes da realização do procedimento²⁹. Outros países como

26 O primeiro bebê de proveta nasceu em 1978, na Inglaterra. Informação encontrada no site: <http://opiniaoenoticia.com.br/cultura/nasceu-o-primeiro-bebe-de-proveta-do-mundo> acessado em 5 de outubro de 2014.

27 A Resolução 2.013/13 do CFM afirma a possibilidade da reprodução assistida *post mortem* no item VIII o qual aduz que aquela reprodução: “É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

28 A Lei espanhola nº 14/06, em seu artigo 9.1 aduz que: “No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”.

29 Previsão esculpida no artigo 9.2 da Lei espanhola 14/2006 a seguir transcrita: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser

Alemanha e Suécia também proíbem a reprodução assistida *post mortem*. Já na França, a matéria está regulamentada na Lei de Saúde Pública (*du Code de la santé publique*), parte dois, livro I, título IV, a qual permite a reprodução assistida, bem como o congelamento de embriões³⁰, mas só permite sua utilização com o consentimento expresso do cônjuge, fato este que torna-se inviável após sua morte. Portanto, não é permitida a reprodução assistida *post mortem* naquele país³¹. Na Inglaterra, permite-se que seja feita a fecundação *post mortem*, porém se veda o direito sucessório do filho havido naquela condição, salvo haja disposição em contrário deixada, ainda em vida, pelo cônjuge falecido.

No Brasil, como já foi falado anteriormente, a matéria está abarcada pelo inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil, que será o centro de algumas considerações que faremos a seguir.

6 O DIREITO SUCESSÓRIO E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

No presente capítulo, passaremos a analisar o direito sucessório do filho havido pelas técnicas de reprodução assistida após o falecimento de seu genitor, no que concerne as disposições legais em nosso ordenamento jurídico relacionadas à matéria, bem como os posicionamentos doutrinários existentes acerca dela. O Código Civil de 2002 regula o direito sucessório a partir do seu livro V, no qual, o artigo 1.798³² concede a legitimidade para suceder a herança deixada por alguém, apenas às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

A partir desta disposição legal, surge a controvérsia acerca do direito sucessório do filho havido após o falecimento do seu genitor, por meio da reprodução humana assistida, uma vez que, consoante o princípio de *saisine*, a abertura da sucessão se dá com a morte do ente familiar ou do testador que deixar herança. A doutrina muito diverge a respeito da

utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”.

30 O Artigo L2141-1 da Lei de Saúde Pública francesa assim assevera: “*La technique de congélation ultra-rapide des ovocytes est autorisée*”.

31 A lei de Saúde Pública veda expressamente a reprodução *post mortem* de um dos cônjuges quando aduz, em seu artigo L2141-2 que: “L’homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l’insémination. Font obstacle à l’insémination ou au transfert des embryons le décès d’un des membres du couple, le dépôt d’une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l’homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l’assistance médicale à la procréation”.

32 O artigo 1.798, do Código Civil de 2002 assim dispõe: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

temática, não existindo entendimento unânime, nem mesmo pacificado, a respeito do direito sucessório do filho havido naquela hipótese, fato este intensificado pela omissão do legislador em dispor do assunto em lei que regulamente esses procedimentos.

Sobre a controvérsia estabelecida, vale analisar separadamente o direito sucessório do nascituro, do concepturo e dos embriões congelados em laboratório.

Em relação ao primeiro, por já ter sido concebido e implantado no útero da mulher na época da abertura da sucessão, a ele será assegurado o seu quinhão hereditário (CC, art. 1.798). Todavia, a aquisição da herança fica condicionada ao nascimento com vida, caso contrário, a herança volta a integrar o monte partilhável, e dividido entre os outros herdeiros legítimos.

Já no caso da concepção preceder a abertura da sucessão, ou seja, ao tempo desta já existiam embriões criopreservados, questiona-se se eles teriam natureza de nascituro ou prole eventual³³.

Caso sejam considerados prole eventual, pelo fato de não se saber se esses embriões serão efetivamente implantados³⁴, Hironaka (2014) entende que “poderão restar excluídos da sucessão do pai ou da mãe que não conheceram, mas a quem devem a paternidade biológica”. Não obstante, alguns doutrinadores os consideram como nascituros, defendendo, portanto, que estes já teriam o direito à sucessão garantido, em virtude do artigo anterior estender a legitimidade passiva para suceder às pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão.

É o caso de Chinelato (*apud* Dias), a qual a sim dispõe:

O conceito de nascituro abrange o embrião pré-implantatório, isto é, o já concebido e que apenas aguarda, *in vitro*, a implantação no ventre materno. [...] Dispõe, portanto, de capacidade sucessória (CC 1.798), pois a norma não distingue o *locus* da concepção nem impõe que seja implantado. Exige somente a concepção.

No caso de existente, à época da abertura da sucessão, apenas os gametas do doador, hipótese do concepturo, a pessoa que vier a ser gerado após a morte de seu pai, segundo uma linha de doutrinadores (Silmara Juny Chinelato, por exemplo), não teria direito à herança deste. Todavia, poderia participar da sucessão por via de testamentária, uma vez que ela é considerada filiação eventual, prevista no artigo 1.798, I, do Código Civil. Esse é o pensamento que mais vem se consolidando na doutrina³⁵.

33 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões. P. 346.

34 CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões. P. 346.

35 Maria Berenice Dias. Manual das Sucessões, 125

Não obstante, o mesmo texto legal, no parágrafo quarto³⁶ do artigo 1.800, determina que a filiação eventual tem que nascer ou ser concebida no prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão, caso contrário, o quinhão hereditário reservado a ele, voltará a integrar o espólio, e conseqüentemente, será partilhado para os demais herdeiros legítimos, salvo disposição contrária do testador.

Em contrapartida, entende outra linha de doutrinadores (como Maria Berenice Dias), que teria ainda o direito a sucessão legítima as pessoas ainda não concebidas, em virtude do desejo demonstrado pelo falecido em consolidar a paternidade ao depositar, em laboratório, o seu material genético.

Nesse ponto, Dias (2013) entende 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 este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida.

Além do mais, esta corrente doutrinária atenta para a consagração, pela Constituição Federal de 1988, do Princípio da igualdade entre os filhos³⁷, o qual veda substancialmente a discriminação entre a prole do casal, sejam estes oriundos unicamente da relação ou havidos fora do casamento, bem como por adoção.

Não obstante, aquela norma suprema também afama o Direito de herança no rol das Garantias Fundamentais previsto no artigo 5º, inciso XXX³⁸.

Corroborando ainda mais com o exposto, ressalta Moraes (2013) que:

Entidade familiar, inclusive para fins de herança, também é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, não havendo possibilidade de qualquer discriminação relativa à filiação em relação aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção. Assim, todos os filhos terão os mesmos direitos sucessórios (CF, art. 226, § 4º e 227, § 6º).

Outrossim, ainda segundo esta corrente doutrinária, não se poderia limitar o direito sucessório do filho apenas à existência de um testamento, uma vez que o Código Civil

36 Art. 1.799, § 4º: Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

37 Art. 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal de 1988 assim assegura: “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”.

38 Art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) XXX - é garantido o direito de herança”.

possibilita o uso do testamento para contemplar apenas a filiação eventual de um terceiro indicado pelo testador, e não a sua própria filiação eventual.

Sobre esse entendimento, Hironaka (2014) aduz:

É claro que o testador não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. E ou bem ele está morto, acarretando a abertura de sua sucessão, ou bem ele está vivo nesse momento, o que demonstra a impossibilidade de beneficiar sua própria prole eventual.

Diante de tais posicionamentos, outra questão merece ser suscitada. Como ficaria a segurança jurídica dos herdeiros que já receberam, cada um, o seu quinhão hereditário, após a participação em processo de inventário, e ter sido homologado, a partilha de bens, pelo juiz, ou feito a partilha em cartório por meio do inventário extrajudicial?³⁹

Tal situação torna difícil a solução na vida real, uma vez que, neste caso, há uma colisão direta entre preceitos constitucionais. Sobre esse ponto, Dias (2013) entende que “a tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos”.

Entretanto, é de dez anos o prazo para que o filho venha a pleitear o seu direito hereditário através de petição de herança, consoante artigo 205⁴⁰ do Código Civil.

Como pudemos demonstrar, paira uma grande controvérsia acerca do direito sucessório do filho havido por meio das técnicas de reprodução artificial *post mortem*, a qual tende a persistir caso não seja elaborada lei que regule esse assunto tão pertinente nos dias atuais.

O projeto de lei 90/99, substitutivo de 2001, em tramitação no Congresso Nacional, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual dispõe sobre reprodução assistida, até solucionaria algumas problemáticas reais, ao impor a autorização do depositante através de testamento para a utilização dos embriões e gametas após a sua morte⁴¹. Entretanto, por não ter sido ainda aprovado, não pode ser posto em prática no momento. Outrossim, por não afastar a possibilidade de infração da lei, e a eventual utilização do material genético não descartado, sem autorização do falecido, não traz a solução completa para o caso.

39 A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI dispõe que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

40 Código Civil, art. 205: A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

41 Projeto de Lei 90/99 substitutivo, art. 15, §2º: É obrigatório o descarte de gametas: [...]

III: nos casos conhecidos de falecimento de doador ou depositante, ressalvada a hipótese em que este último tenha autorizado, em testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira.

7 CONCLUSÃO

Objetivou-se a análise do direito sucessório do filho havido após a morte de seu genitor, sob uma viés doutrinário e pautado nas determinações legais e principiológicas existentes acerca do tema. As técnicas de reprodução assistida são frutos do avanço da ciência que muito tem contribuído para a realização do sonho da paternidade daqueles que, de modo natural, não conseguem chegar a esse fim.

Fazendo-se uma análise inicial acerca do perfil populacional brasileiro dos anos 2000 a 2060, bem como os fatores que interfere nos índices populacionais, chega-se a considerar a importância dessas técnicas inclusive para o fomento da população brasileira que tende cada vez mais a diminuir.

Atualmente, existem vários métodos de reprodução artificial, a saber, inseminação artificial, ou *in vivo*, reprodução *in vitro*, homóloga e heteróloga. Sendo diferenciados em razão do modo em que foi concebido o embrião e da origem do material genético utilizado na fecundação, podendo se dar de forma intrauterina ou extrauterina, e provenientes, os gametas, de ambos os pertencentes a uma relação conjugal ou de união estável, bem como provenientes de um terceiro desconhecido.

Não obstante, tais procedimentos científicos acarretaram deveras indagações a respeito dos direitos dos filhos nascidos por essas técnicas, como é caso do direito sucessório do filho havido por reprodução artificial *post motem*.

O Código Civil de 2002 presume a paternidade nesse caso, tendo em vista que o procedimento da reprodução artificial se utilizou do material genético colhido do genitor ainda em vida, portanto homólogo, porém mantém omissos quanto ao direito sucessório do filho que nasce nessa conjuntura, trazendo ao jurista uma grande dificuldade na hora de confrontar essas situações no caso concreto.

Desta forma, conclui-se que, enquanto não existir lei específica que regule a matéria, deve o jurista valer-se de resoluções, por exemplo, do Conselho Federal de Medicina, bem como outras fontes jurídicas, como os princípios e a analogia, para julgar o caso da melhor forma possível, levando-se em consideração o melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana, haja vista serem preceitos insculpidos na Constituição Federal.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CASSETTARI, Christiano (Coord.). **10 Anos de Vigência do Código Civil Brasileiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reprodução-assistida-após-morte-e-o-direito-de-herança>. Acesso em: 25/10/2014.

MARMELSTEIN George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDICINA, Conselho Federal de. **Resolução CFM Nº 2.013/2013**. Brasília: Publicada No D.O.U., 9 Maio. 2013, 2013.

MORAES Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005

Site:

ftp://ftp.ibge.gov.br/Projecao_da_Populacao/Projecao_da_Populacao_2013/nota_metodologica_2013.pdf. Acesso em: 7/9/2014.

Site: <http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689>. Acesso em: 7/9/2014.

Site: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html#cpa9. Acesso em: 4/10/2014

Site:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=07BBF59CC869716EA06C46725C84476D.tpdjo12v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006171132&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20141005 Acesso em: 4/10/2014

Projeto de Lei nº 90/1999. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90.htm> Acesso em: 8/9/2014

Projeto de Lei nº 90 (Substitutivo de 2001). Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm> Acesso em: 8/9/2014.