

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE- UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS- CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO- UAD

RAFAELLA FERREIRA MAMEDE

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM: UMA ANÁLISE  
DE SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO  
SUCESSÓRIO

SOUSA-PB

2014

RAFAELLA FERREIRA MAMEDE

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM: UMA ANÁLISE  
DE SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO  
SUCESSÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande- UFCG, como exigência para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

SOUSA-PB

2014

RAFAELLA FERREIRA MAMEDE

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM: UMA ANÁLISE  
DE SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO  
SUCESSÓRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande- UFCG, como exigência para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa.

BANCA EXAMINADORA:

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

---

Prof.<sup>a</sup> Maria dos Remédios de Lima Barbosa - Orientadora

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

“Bom mesmo é ir à luta com  
determinação,  
Abraçar a vida e viver com paixão,  
Perder com classe e vencer com ousadia,  
Porque o mundo pertence a quem se  
atreve e A VIDA É MUITO para ser  
insignificante.”

(Charles Chaplin)

## AGRADECIMENTOS

Primordialmente gostaria de agradecer a Deus, que tem me ajudado a seguir em frente e nunca desistir, pois, sei que sem ele eu nada seria, por ter me proporcionado todas as dificuldades que eu passei, tendo em vista que, sem elas eu não seria a pessoa forte e determinada que sou hoje, por ter acreditado em mim, mesmo nos momentos em que eu mesma não conseguia acreditar na minha força.

A minha família por terem me apoiado em todas as decisões, essa vitória é nossa, eu sei que o fim é apenas um começo, mas, tenho certeza que apesar das dificuldades que irei enfrentar eu terei força o suficiente para cair e por conseguinte me reerguer, visto que, foi esta a lição de vida que vocês me passaram.

Ao meu noivo por ter suportado a distância, ter confiado em mim, por ter estado ter puxado minha orelha nos momentos em que eu precisei e por me amar incondicionalmente. Você foi o melhor que aconteceu em minha vida.

Ao sobrinho mais amado, Davi, obrigada por ter me mostrado o amor mais puro e verdade que eu jamais pensei que pudesse conhecer, por ter me atrapalhado em todos os momentos em que eu tentava escrever esta monografia, ou estudar para a OAB, obrigada por ser a melhor parte do meu dia.

Aos meus amigos (Claudervânio, Karla Estéfanny, Waldjanne, Thaís, Rhuan. Ana Karla) por me acompanharem por toda essa caminhada tornando-a mais divertida, amigos verdadeiros se contam nos dedos das mãos.

A minha orientadora Maria dos Remédios Barbosa por ter tido paciência, zelo, e por ter me ajudado a construir este trabalho científico.

## RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade principal a realização de um estudo sobre a Reprodução Homóloga Assistida Post Mortem e os seus efeitos no direito de família e no direito sucessório. O estudo terá por base a legislação, doutrina e jurisprudência em vigor, Se mostra evidente que, a evolução da sociedade e da ciência ocasionam situações fáticas que geram inúmeros questionamentos para o ordenamento jurídico. A inseminação artificial homóloga post mortem modifica a regra da família existente na sociedade, a mesma traz repercussões que necessitam de discussão no campo do direito. Diante disso, se mostra de suma importância a análise dos seus efeitos no direito de família e no direito sucessório, com o fito de promover a segurança jurídica para as pessoas que praticam esse tipo de procedimento. A polêmica que rodeia a inseminação artificial homóloga post mortem é a contradição do Código Civil ao tratar sobre o tema, tendo em vista que, em seu art. 1.598, III, entende que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos de fecundação artificial homóloga, mesmo que o pai já tenha falecido, no entanto, no art. 1.798 prevê que apenas será legitimado a suceder aquele que tenha sido ao menos concebido ao tempo da morte do de cujus. Diante disso, se mostra evidente que o Código Civil excluiu o novo ser, concebido post mortem, do rol de herdeiros. Diante disso, vê-se a necessidade de analisar de forma sucinta se o indivíduo concebido por fecundação homóloga post mortem, tem ou não, direito a sucessão legítima. Neste trabalho será utilizada como técnica de pesquisa a bibliográfica, tendo em vista que, serão utilizadas leis, jurisprudência, artigos científicos, doutrinas, com o escopo de estudar sobre o aludido tema. Ainda, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, porque a temática irá partir de preceitos gerais para que haja a possibilidade de construção soluções para o problema, ainda, será empregado o método histórico, através da exposição da evolução da filiação ao longo do tempo.

Palavras-chave: Fecundação, Direito. Família. Sucessão. Herdeiro.

## ABSTRACT

This work has as main purpose to conduct a study on Assisted Reproduction Homologous Post Mortem and its effects on family law and inheritance law . The study will be based on law, doctrine and jurisprudence in effect , turns out clear that the evolution of society and science cause factual situations that generate numerous questions for the legal system . Homologous artificial insemination postmortem rule modifies the existing family in society , it may bring repercussions that require discussion in the field of law. Therefore , it shows of great importance to analyze its effects on family law and inheritance law , with the aim of promoting legal certainty for people who practice this type of procedure . The controversy surrounding the homologous artificial insemination post mortem is the contradiction of the Civil Code to treat on the subject , considering that in his art. 1.598 , III , believes that presumed conceived during marriage the children born of homologous artificial fertilization , even if the father is deceased , however , in art. 1798 provides that only legitimate successor will be one that has been designed at least to the time of death of the deceased . Therefore, we clearly shows that the new Civil Code is excluded , designed postmortem , the list of heirs . Thus , we see the need to examine briefly whether the individual conceived by homologous fertilization post-mortem , or have not right to inheritance . This work will be used as a technique for bibliographic research , considering that , laws , jurisprudence , scientific articles , doctrines , with the aim of studying on the aforementioned theme will be used . Still , the method of hypothetical-deductive approach is used because the theme will from general precepts so there is the possibility of constructing solutions to the problem , though , is employed the historical method , by exposing the evolution of affiliation over time.

Wording-key: Fertilization, Right. Family. Succession. Heir.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE FILIAÇÃO</b> .....	12
2.1 O CONCEITO DE FILIAÇÃO NO DECURSO DO TEMPO, DESDE OS TEMPOS PRIMITIVOS ATÉ A ATUALIDADE .....	12
2.2 O CONCEITO DE FILIAÇÃO À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA BRASILEIRA .....	17
2.2.1 O tratamento dado à filiação pelo Código Civil de 1916.....	17
2.2.2 A mudança no conceito de filiação com o advento da Constituição Federal de 1988 .....	20
2.2.3 A filiação com o advento do Código Civil de 2002 .....	22
2.3 A FILIAÇÃO TRATADA SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM ATUALMENTE O DIREITO DE FAMÍLIA E OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE .....	23
2.3.1 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos .....	23
2.3.2 Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar .....	24
2.3.3 O princípio do pluralismo familiar .....	26
2.3.4 Princípio da afetividade .....	27
<b>3 A REPRODUÇÃO HOMÓLOGA ASSISTIDA POST MORTEM COMO NOVA HIPÓTESE DE PATERNIDADE</b> .....	29
3.1 CONCEITO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM .....	29
3.2 MÉTODOS E ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	31
3.3 A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DO PAI PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO.....	34
<b>4 A REPRODUÇÃO HOMÓLOGA ASSISTIDA POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO SUCESSÓRIO</b> .....	38
4.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SUCESSOR AO LONGO DA HISTÓRIA .....	38



4.2 O CONCEITO DE FILHO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA EM CONTRAPOSIÇÃO AO CONCEITO DE HERDEIRO PARA DIREITO SUCESSÓRIO .....	43
4.3 AS CONSEQUÊNCIAS DA REPRODUÇÃO HOMÓLOGA ASSISTIDA POST MORTEM PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	46
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>51</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 buscou de forma veemente proteger à família brasileira, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da paternidade responsável. A polêmica que envolve a inseminação artificial homóloga post mortem é o fato de o Código Civil ser contraditório quando trata do tema, pois, em seu art. 1.597, III, afirma que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos de fecundação artificial homóloga, mesmo que o pai já tenha falecido, já no art. 1.798 está previsto que somente é legitimado a suceder aquele que nasceu ou foi concebido antes da abertura da sucessão. Diante disso, se mostra evidente que o Código Civil excluiu o novo ser, concebido post mortem, do rol de herdeiros.

Surge, então, a discussão da possibilidade de se estender ou não os efeitos dos direitos sucessórios ao ser concebido por fecundação artificial homóloga post mortem. É importante ressaltar que existem três correntes que tentam resolver tal situação que são a corrente excludente, a relativamente excludente e a inclusiva. A primeira determina que esta prática deveria ser proibida, visto que, entende a mesma que há a violação dos bons costumes. A segunda corrente entende que a fecundação homóloga post mortem produz efeitos somente para a filiação e não para os direitos sucessórios e a terceira se mostra totalmente a favor a tal técnica reprodutiva, pois, estende ao novo indivíduo, tanto a filiação, como os direitos sucessórios.

A admissibilidade da fecundação homóloga post mortem traz à tona a problemática de se atribuir ou não efeitos sucessórios ao novo ser concebido desta maneira, uma vez que, o biodireito traz reflexões importantes para a sociedade, pois, habitualmente, ele vem modificando os paradigmas já conhecidos. O direito das sucessões é ramo do direito que regulamenta a transmissão de bens causa mortis, ele tem mostrado enormes avanços diante da evolução da sociedade.

Isto posto, a finalidade do presente trabalho é estudar o tema da inseminação artificial homóloga post mortem apresentando um panorama de como o caso é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, pois, inexistente previsão legislativa sobre o tema, no entanto, tal prática não é vedada. Assim, a falta de previsão permite que

haja uma liberdade exacerbada para o uso de novas tecnologias reprodutivas pelos pais, buscando, com isso, avaliar os diversos efeitos jurídicos decorrentes da prática da reprodução assistida homóloga post mortem.

Ainda, tem-se por objetivo, avaliar as mudanças que a evolução científica, através da bioética, ocasionam no ordenamento jurídico brasileiro. Analisar a inseminação artificial homóloga post mortem sob a ótica dos princípios que regem o direito de família e o direito sucessório. Aferir a possibilidade de aplicação do direito sucessório aos casos de fertilização artificial homóloga post mortem.

A filiação surge de duas maneiras: da relação sexual ou da inseminação assistida e ambas são protegidas pelo Código Civil. No entanto, no título em que se refere ao direito sucessório, entende, que somente é legítimo para suceder quem é pelo menos concebido à data da abertura da sucessão, isto posto, mostra-se de extrema importância regulamentar a situação do novo ser que adveio da fecundação homóloga post mortem, já que, este também é considerado filho do falecido e a Constituição veda qualquer distinção entre filhos. Por fim, conclui-se que deve ser feita uma análise de tal procedimento à luz do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana para que o ser que está por vir, possa ter a ele estendido, os mesmos direitos sucessórios inerentes aos demais herdeiros.

O presente trabalho acadêmico será dividido em três capítulos:

No primeiro capítulo será abordado o conceito de filiação e sua construção ao longo da história, analisando-se com isso, as normas jurídicas que refletiam a sociedade vigente à época e ainda, os princípios que passaram a reger a família e a filiação com o advento da Constituição de 1988.

Em um segundo momento, será tratado sobre a figura da reprodução assistida homóloga post mortem, abordando os seus diversos conceitos, métodos e técnicas utilizadas para tal prática e além disso, será feita uma análise sobre a importância do consentimento paterno para a utilização desta técnica.

Na terceira parte será apresentada a reprodução assistida homóloga post mortem sob o enfoque dos seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando com isso, o polêmico conflito entre o conceito de filho para o direito de família e o conceito de herdeiro para o direito sucessório.

O trabalho utilizará do método hipotético-dedutivo, partindo de preceitos gerais para que se possa construir soluções para o problema, ainda, será empregado o método histórico, através da exposição da evolução da filiação ao longo do tempo. A técnica de pesquisa será a bibliográfica, visto que, haverá a utilização de leis, jurisprudência, doutrinas, artigos científicos, com a finalidade de estudar acerca do aludido tema.

## 2 DA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE FILIAÇÃO

Para entender-se a filiação na atualidade, se mostra de suma importância, analisa-la, desde os primórdios da humanidade, mostrando a sua evolução com o decorrer do tempo e os reflexos que essas mudanças ocasionaram nas normas que regulamentam tal instituto. Diante disso, neste capítulo será abordado a evolução do conceito de filiação ao longo da história, desde os povos primitivos até a atualidade.

### 2.1 O CONCEITO DE FILIAÇÃO NO DECURSO DO TEMPO, DESDE OS TEMPOS PRIMITIVOS ATÉ A ATUALIDADE

Nos primórdios da humanidade existiam diversas espécies de família, havia a família constituída através do casamento, que ocorria entre pessoas de sexos diferentes e famílias diferentes; existia a família matrilinear em que todos faziam parte da família da mãe, inclusive os homens; e patrilinear na qual todos pertenciam a família do pai e além disso, as mulheres que até então não casaram pertenciam a essa família. É relevante mencionar que a família matrilinear e patrilinear predominavam entre os povos que caçavam e coletavam e que a família patrilinear predominava entre os agricultores.

As sociedades matrilineares surgiram do fato de a mulher ter o dom da maternidade, diante disso, a família se formou ao seu redor, e além disso, por ser admitida a poliandria, na qual, uma só mulher possuía dois ou mais maridos concomitantemente, era impossível identificar quem era o pai da criança, somente podendo ser identificada a figura materna. É o que entende Noé de Medeiros afirmando que:

“Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculo civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao

matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe”.<sup>1</sup>

Entretanto, com o decorrer dos tempos, foram se fortalecendo os laços familiares devido ao fato de se tornar proibido o casamento entre membros de um mesmo grupo familiar, e além disso, se percebeu que o homem era mais forte do que a mulher e teria maior capacidade de proteger sua esposa e sua família, diante disso, o homem se sobrepôs à mulher passando a ser o chefe da casa. Esta espécie de domínio do homem sobre a família foi baseada no medo e no respeito à figura do sexo masculino. Com a escassez das mulheres, o casamento se tornou um meio de manter para si uma esposa, originando-se, com isso, a família monogâmica, que tinha como características o casamento e a procriação.

Posteriormente, com o advento da escrita surgiram conceitos sobre o casamento, o poder paternal, poder maternal e a filiação que passaram a ser anotados por aqueles que tinham a habilidade de escrever.

Na família grega havia um íntimo elo de ligação entre os laços de parentesco e a religião, visto que, a família era formada por um grupo de pessoas que cultuavam os mesmos ancestrais, invocando o fogo e oferecendo banquetes fúnebres.

Na Grécia, a filiação surgia a partir do casamento, e segundo entende Platão:

Mas todos os filhos que nascerem do sétimo ao décimo mês a partir do dia em que um guerreiro contrair matrimônio, serão chamados por ele, os de sexo masculino, de filhos, os do sexo feminino, de filhas, e eles o chamarão de pai; chamará netos aos filhos destes; e eles o chamarão de avô a ele e aos seus companheiros de casamento, e chamarão de avós as suas companheiras.<sup>2</sup>

Diante do exposto, pode-se destacar que nesse período já havia uma noção de quanto tempo durava a gestação, contando-a desde o matrimônio para identificar se o filho foi concebido na constância do mesmo.

Ainda, cabe ressaltar que os gregos admitiam a construção do vínculo filial através da adoção, no entanto, a mesma só poderia ocorrer em determinados casos,

---

<sup>1</sup> MEDEIROS, Noé. **Lições de Direito Civil: Direito de Família, Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997, p. 31-32.

<sup>2</sup> PLATÃO. **A República**. Tradução Érico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000, pág. 165.

como os de esterilidade, de morte prematura ou em caso de impotência, para ser dada continuidade às cerimônias fúnebres.

Já em Roma, a família tinha função eminentemente política, fato que se demonstra, no momento em que a mesma é considerada célula do Estado, a economia era baseada na economia doméstica, além disso, a família organizava suas próprias leis e poderes, o que se leva a concluir que ela era uma estrutura na qual o Estado não poderia penetrar.

É importante trazer a lume que, na família romana antiga havia a submissão ao pater familias, este tinha poder de vida e de morte sobre os seus filhos. Na família romana antiga, os laços filiais não surgiam de vínculo sanguíneo ou afetivo, mas sim, eram constituídos em razão do fogo sagrado, pelo culto que era realizado aos mesmos antepassados, e por ser uma sociedade patrilinear, somente os homens poderiam presidir o culto, fazendo com que, o filho pertencesse por inteiro ao pai.

Entende Gonçalves (2009) que:

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater familias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ae necis*). Podia desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.<sup>3</sup>

Isto posto, com o decorrer do tempo, o parentesco agnático foi enfraquecendo, dando lugar ao parentesco cognático, ou seja, parentesco somente por laços sanguíneos, diante disso, é identificada a existência das seguintes espécies de filiação que são: os filhos legítimos que são aqueles que foram concebidos ou adotados na constância do casamento; os filhos ilegítimos que são aqueles que nasciam da união ilegítima dos pais, estes não tinham vínculo de filiação com o pai, mas somente com a mãe. A posteriori, no direito romano pós-clássico, surge a figura dos filhos legitimados que são aqueles que advieram de uma união ilegítima (concubinato) que depois se tornou um casamento.

No período de domínio do Imperador Constantino I, que ocorreu no século IV d.C, adveio um novo entendimento sobre a família, relacionando-a com a religião. A posteriori, no direito romano pós-clássico, Justiniano realizou uma compilação de leis

---

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 15.

que foi denominada de Corpus Iuris Civilis, esta dava ênfase à existência de vínculo de filiação com os filhos naturais e adotivos, fato que demonstra sobreposição do parentesco por congnação sobre o parentesco por agnação, desta forma, os descendentes foram colocados em primeiro lugar na linha sucessória, e ainda, foi oficialmente considerada a existência do vínculo de filiação com a linha feminina. Então como entende Cristiano Colombo:

Nesse sentido, depreende-se que a filiação, na antiguidade clássica romana, parte de uma ideia eminentemente política, de agnação, em que os laços se estabeleciam pelo poder do pater famílias, dirigindo-se, a posteriori, à cognação, em que são enaltecidos os laços sanguíneos, entendendo, ainda, o vínculo de filiação aos adotados e legitimados, estes em face de núpcias posteriores.<sup>4</sup>

O Direito Canônico em contraposição ao Direito Romano foi caracterizado pelo surgimento do Cristianismo. A partir de então, as famílias só surgiriam por meio de cerimônia religiosa.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, o casamento sofreu modificação relevante em sua essência, tendo em vista que, o Cristianismo deu ênfase ao casamento como sacramento. “[...] O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”<sup>5</sup>. O casamento, que era simbolizado pela troca das alianças, foi considerada uma união indissolúvel, somente sendo desfeito pela morte de uma das partes. O Cristianismo fortaleceu o poder marital, tornando-o chefe do lar e sacerdote da família, no entanto, a Igreja determinou que homem e mulher são iguais perante Deus, o que evidencia que, foi dada maior proteção à mulher, conseqüentemente, filhos e filhas foram considerados iguais.

Segundo Capparelli, no Código Canônico de 1917 a filiação era classificada da seguinte forma:

a) filhos legítimos, aqueles havidos no casamento; b) filhos ilegítimos, que eram subdivididos em: naturais, cujos pais não estavam casados, e quando havia alguma forma de impedimento relativamente ao matrimônio; adulterinos, nascidos de uma união contrária a lei, em consequência de impedimento em razão do vínculo; incestuosos, hipótese de impedimento

<sup>4</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução Homóloga Assistida Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 42.

<sup>5</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pág. 25.



em razão do parentesco; sacrílegos, em que um dos pais havia se comprometido à voto perpétuo ou recebera Sacramento da Ordem; por último, nefários ou nefandos, engendrados por consanguíneos em linha reta.<sup>6</sup>

A posteriori, com o advento do Código Canônico de 1983 foram reduzidas as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos, no entanto, a denominação continuou existindo para que não pudesse ser violada a instituição do casamento.

Ulteriormente, com a Revolução Francesa, a figura do casamento foi perdendo o seu caráter religioso passando a ser um simples contrato, pois, o Estado tornava-se laico, diante disso, o casamento e seus efeitos, como a filiação, passaram a ser tratados pela órbita civil. Então, entendeu-se que o casamento não era mais uma união indissolúvel, mas sim, era constituído pela vontade das partes, tanto para sua origem quanto para o seu desfazimento, desde então, o adultério passou a ser tolerado, e o divórcio foi facilitado.

Entretanto, apesar de o lema da Revolução Francesa ser “Liberté, Egalité, Fraternité”, ainda continuava a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, proibindo-se ainda, a possibilidade de reconhecimento de filhos adulterinos ou incestuosos, foi somente em 1972 que foi determinada a igualdade entre os filhos legítimos e ilegítimos, no entanto, a denominação continuou.

Segundo COLOMBO:

O Código Civil Francês hodiernamente, em seu art. 312, mantém a presunção de filiação havida durante o casamento, a saber: “L’enfant conçu ‘ou né’ pendant le mariage a pour père le mari”; e, ainda, estabelece, em seu artigo 310-1, que a filiação se estabelece pela lei, pelo reconhecimento voluntário ou pela posse do estado, constatado por ato notório. É nesse sentido, que é possível identificar a evolução do instituto da filiação no direito francês, sobretudo na luta em favor dos filhos havidos fora da constância do casamento, no sentido de preservar o princípio da igualdade.<sup>7</sup>

No direito português, havia a distinção entre filho legítimo e ilegítimo, o que não ocorre na atualidade, tendo em vista que, o direito português inibe qualquer desigualdade entre os filhos, e ainda, o vínculo filial surge do fator biológico, ou seja, a filiação surge por meio do vínculo sanguíneo.

---

<sup>6</sup> CAPPARELLI, Júlio Cesar. **Manual sobre o Matrimônio no Direito Canônico**. São Paulo: Paulinas, 2004, pág. 170.

<sup>7</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução Homóloga Assistida Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 62.

Em 1948, surgiu a Declaração Universal das Nações Unidas que pregou a igualdade entre homens e mulheres, e ainda, vedou qualquer distinção entre os filhos que advieram ou não do casamento. Diante disso, na Europa passou-se a pregar pela cogestão igualitária das relações familiares, ou seja, ambos, homens e mulheres terão os mesmos deveres e direitos de gerir as relações familiares.

## 2.2 O CONCEITO DE FILIAÇÃO À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA BRASILEIRA

### 2.2.1 O tratamento dado à filiação pelo Código Civil de 1916

No Brasil, após o advento do Código Civil de 1916 de Clóvis Beviláqua, a mulher casada era tratada como relativamente incapaz, sendo assim, não poderia realizar atos civis sem a assistência do seu esposo. O homem era considerado o chefe da família e a esposa somente deveria o auxiliar.

É salientado por Maria Berenice Dias que:

Na época do antigo Código Civil a mulher não exercia poder nenhum na relação familiar, o poder concentrava-se apenas no homem, dentre as demais restrições da entidade familiar está à impossibilidade de dissolução do casamento e a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Assim, em determinado momento houve a necessidade de mudança de igualdade entre os cônjuges surgindo o Estatuto da Mulher Casada, no ano de 1962 que trouxe plena capacidade para a mulher casada, reservando de modo exclusivo bens adquiridos devido ao seu labor.<sup>8</sup>

Com a Constituição Federal de 1934, a família passou a ter suma importância, se tornando um organismo jurídico e social. Foi apenas em 1962 com o advento da lei 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada) que, a mulher se tornou absolutamente capaz de realizar qualquer ato da vida civil, no entanto, ainda não era reconhecida a igualdade entre homens e mulheres.

A lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916 deu origem ao Código Civil de 1916, este teve vigência por mais de 80 (oitenta) anos, o mesmo distinguia os filhos

---

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p. 30.

legítimos dos ilegítimos, diante disso, resta claro que, a filiação advinha do casamento. Aqueles que eram concebidos na constância do matrimônio eram considerados filhos legítimos, e aqueles advinham de relações extramatrimoniais eram considerados ilegítimos. Estes, por sua vez, eram divididos em naturais e espúrios, e estes últimos em adulterinos e incestuosos. É o que dispõe Antônio Elias Queiroga:

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adulterinos e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. (...) Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso.<sup>9</sup>

O instituto da adoção não era aceito por vários doutrinadores, dentre eles, pode ser destacado Washington de Barros Monteiro (1986), tendo em vista que, ao ser instituído, o mesmo poderia ser utilizado, como manobra, para inserir na família filhos incestuosos e adulterinos. Então, para haver uma adoção era necessário que fossem preenchidos alguns requisitos: a idade mínima do adotante era de 50 (cinquenta) anos de idade, que posteriormente foi reduzida para 31 (trinta e um) anos de idade e em seguida foi reduzida novamente para 21 (vinte e um) anos de idade pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90); quando casado, somente era possível adotar após cinco anos do surgimento do mesmo; adotante e adotado deveriam ter diferença mínima de idade de 18 (dezoito) anos; o adotado ou o seu representante legal deveria consentir, e ainda, era necessário haver escritura pública.

No art. 355, do Código Civil de 1916 havia a possibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos que poderia ser realizado tanto pelo pai, quanto pela mãe, ou por ambos. Esse reconhecimento poderia ser realizado voluntariamente ou judicialmente. Entretanto, no art. 358 do mesmo diploma, havia a proibição do reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. Os filhos ilegítimos, quando reconhecidos, eram equiparados aos legítimos, não obstante, não poderiam morar

---

<sup>9</sup> QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P. 212

no lar familiar sem o consentimento destes últimos. A mãe era certa devido aos caracteres físicos. A paternidade, entretanto, era duvidosa, então, havia presunção de paternidade na constância do casamento, devido ao reconhecimento da fidelidade conjugal da mulher.

Então, de acordo com o art. 338 do Código Civil de 1916:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:  
I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).  
II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.<sup>10</sup>

Portanto, pode ser concluído que os filhos que nascessem fora de tais prazos seriam considerados ilegítimos.

Com o advento da lei 6.515/77 foi atribuído tratamento igualitário entre os filhos quando se tratava de sucessão, esta lei então, atenuou as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos. É o que entende Veloso: “A partir de então, o filho adúlterino passou a ter direito ao mesmo quinhão que couber a seus irmãos, filhos legítimos, legitimados ou naturais do falecido pai, e aqui estamos utilizando as qualificações correntes naquela época.”<sup>11</sup>

Havia, ainda, a possibilidade de ser impugnada a paternidade pelo esposo, e se presente o mesmo tinha prazo preclusivo de 2 meses a partir do nascimento da criança para impugnar a paternidade; já em caso de sua ausência ou ainda, se a criança foi ocultada, esse prazo passava de 2 meses para 3 meses, naquele o prazo inicia sua contagem da data do retorno, no último da data da ciência. Posteriormente, entendeu o STJ em 1997 no REsp 155681/PR que era possível o pedido de impugnação de paternidade, mesmo que fora do prazo.

Existia, ainda, a possibilidade de se interpor ação de investigação de paternidade, no entanto, a mesma estava restrita a certos casos é o que demonstra o art. 363, do CC/16:

Art. 363. Os filhos ilegítimos de pessoas que não caibam no art. 183, I a VI, têm ação contra os pais, ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação:

<sup>10</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 09. Jan. 2014

<sup>11</sup> VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 77.

- I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai;
- II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela;
- III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.<sup>12</sup>

Isto posto, percebe-se que o Código Civil de 1916 manteve as diferenças entre filhos legítimos e ilegítimos e somente com o advento da lei 6.515/77 é que essas diferenças foram atenuadas.

### 2.2.2 A mudança no conceito de filiação com o advento da Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esta passou a ocupar o ápice do ordenamento jurídico, diante disso, surgiram princípios que deveriam ser respeitados, e todas as demais normas deveriam ser interpretadas à luz de tais princípios. Então o Código Civil deixou de ser a “espinha dorsal” do direito privado, dando lugar Carta Magna de 1988. É o que entende Luis Edson Fachin, “Após a Constituição, o Código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família”.<sup>13</sup>

Então, com o advento da Constituição Federal de 1988 a família passou a ser baseada no princípio da igualdade e na afetividade, além disso, pode ser verificada a existência de uma entidade familiar, mesmo sem a presença de um casamento, é o que se pode observar no art. 266 da CF/88:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 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.

<sup>12</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 09. Jan. 2014

<sup>13</sup> FACHIN. Luis Edson. **Da Paternidade, relação biológica e afetiva**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 83.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 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.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.<sup>14</sup>

Diante do exposto, percebe-se que o legislador mudou a abordagem que antes era dada à norma jurídica, tendo em vista, deixou de proteger de maneira especial o casamento para, com isso, proteger a entidade familiar, e os filhos de maneira igualitária.

Então, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve uma inovação no que se refere ao direito de família, pois, com ela surgiram princípios que deram mais humanidade ao direito de família, então, o conceito rígido de família foi drasticamente modificado, passando a entidade familiar a ser considerada uma união que não tem mais como fundamento o conservadorismo, mais sim o amor.

Neste sentido, entende a doutrinadora Maria Berenice Dias, que reza sobre o assunto:

Nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas”.<sup>15</sup>

Então, de maneira analítica, deve-se perceber que a Constituição Federal de 1988 proibiu terminantemente qualquer forma de discriminação entre os filhos, quanto ao fato de terem sido havidos ou não do casamento. É o que pode-se perceber da análise do art. 227 da CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

<sup>14</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

<sup>15</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009. p. 331.

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. (grifos nossos)<sup>16</sup>

Além do exposto, é importante destacar, ainda que, a Constituição trouxe como um de seus princípios basilares a dignidade da pessoa humana, que se encontra presente no art. 1º, III da Carta Magna, e este princípio foi o principal responsável pela vedação ao tratamento desigual dos filhos.

### 2.2.3 A filiação com o advento do Código Civil de 2002

Com o advento do Código Civil de 2002 foram consolidados os princípios que já estavam dispostos na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, diante disso, foi vedado o tratamento discriminatório entre os filhos, não importando, então, se eles foram ou não concebidos na constância do casamento. Isto posto, todos os filhos possuem os mesmos direitos quanto à filiação e à sucessão.

Ainda, cabe ressaltar que o Código Civil ainda trouxe a figura da presunção de paternidade, prevista ao teor do art. 1.597, a saber:

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

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Este dispositivo legal é alvo de duras críticas doutrinárias, tendo em vista que, quando surgiu a presunção de paternidade no direito romano, não havia técnicas que pudessem verificar o vínculo filial, além disso, tal figura tinha a finalidade de garantir a segurança familiar e ainda, a gestação só poderia advir da relação sexual, o que não ocorre atualmente, pois, na atualidade existe o exame de DNA que comprova com quase cem por cento de certeza quem é o pai ou mãe do indivíduo.

Além disso, cabe ressaltar que alguns doutrinadores consideram que a presunção de paternidade viola o princípio da igualdade, neste sentido, entende Rolf Madaleno, a saber:

Portanto, segue existindo uma clara distinção entre filhos conjugais e extraconjugais, cujas qualificações diferenciadas subsistem no texto legal e estão longe de balizar diferentes realidades fáticas, pois até hoje continuam sendo privilegiados pela presunção de paternidade os filhos do casamento, cujo benefício do registro materno não gozam os filhos das relações extramatrimoniais, pois estes ainda dependem do comparecimento do pai no ato registral, ou de seu expresse conhecimento parental, nos termos do art. 1.609 do Código Civil.<sup>17</sup>

Embora, a respeitável crítica do doutrinador é relevante destacar que a “presunção de paternidade” é mais uma questão de praticidade do que de violação do princípio da igualdade, tendo em vista que, se tem a dispensa da necessidade da presença do esposo no ato de registro do seu filho, necessitando somente, que a mãe compareça no ato do registro da criança portando em mãos a certidão de casamento.

## 2.3 A FILIAÇÃO TRATADA SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM ATUALMENTE O DIREITO DE FAMÍLIA E OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

### 2.3.1 Princípio da igualdade jurídica entre os filhos

---

<sup>17</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 470.



Em consenso com a órbita constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) e o Código Civil de 2002, também deram relevância ao princípio da igualdade jurídica entre os filhos, com relação à filiação, direitos sucessórios e alimentos. Fato que pode ser comprovado, quando se analisa o art. 20 do ECA e o art. 1.596 do CC/02, tendo em vista que, os mesmos reproduzem a norma constitucional que garante que não haja discriminação entre os filhos, como pode ser visto a seguir: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O princípio da igualdade está, antes de tudo, embasado no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, tratar os filhos de maneira desigual, criando conceitos preconceituosos e pejorativos violam de forma veemente este princípio, sendo assim, mesmo que não existisse o princípio da igualdade entre os filhos, estes não poderiam ser tratados por denominações pejorativas devido a existência do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Então, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regularizados da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.<sup>18</sup>

Isto posto, deve ser concluído que a lei deve buscar proteger e regular a sociedade de maneira geral, evitando que, seja instrumento de violação do indivíduo como pessoa, então, a lei deve, antes de qualquer coisa, ser pautada na dignidade da pessoa humana.

### 2.3.2 Princípio da paternidade responsável e do planejamento familiar

No art. 226, §7º da Carta Magna de 1988 está presente o princípio da paternidade responsável, o mesmo dispõe que:

---

<sup>18</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”<sup>19</sup>

Então, de acordo com este princípio, o indivíduo, na atualidade, com a existência de diversos métodos contraceptivos, tem a escolha de constituir ou não uma família, e no momento que decide em construir uma vida familiar ele contrai direitos e ainda mais, deveres. Quando se trata da filiação o indivíduo deve ter a consciência de que este vínculo é para a vida inteira, assim como, suas obrigações para com o ser que foi gerado.

As obrigações para com o filho não são somente as financeiras, mas sim, os pais devem ser responsáveis pela formação do caráter do filho, oferecendo todos os meios necessários para que ele cresça saudável, tornando-se um “homem de bem”.

Então, cabe ao casal, de acordo com as suas características, realizar um planejamento familiar, a lei nº 9.263/96 em seu art. 2º conceitua o planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”<sup>20</sup>. Entende-se assim, que neste artigo está incluso, mesmo que implicitamente, o princípio da paternidade responsável.

Verifica-se ainda, a presença do princípio da paternidade responsável no art. 227 da CF/88 quando estabelece que:

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.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>20</sup> BRASIL, **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996.

<sup>21</sup> *Ibidem*

Ainda, deve ser observada a presença do princípio da paternidade responsável no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 27 que dispõe da seguinte forma: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.<sup>22</sup>

Diante disso, deve ser concluído que o princípio da paternidade responsável é de grande valia para o ordenamento jurídico, pois, permite que os pais atuem da maneira que acharem melhor para educarem os seus filhos, desde que, não violem os direitos dos mesmos.

### 2.3.3 O princípio do pluralismo familiar

Na atualidade, existem diversas espécies de uniões familiares, diferentemente do que ocorreu antigamente, tendo em vista que, antes a família somente poderia ser constituída através do casamento. Então, hoje o indivíduo tem a liberdade de formar uma união familiar da maneira que melhor lhe aprouver.

A entidade familiar é uma espécie do gênero família, esta por sua vez, é a união de pessoas formada através do casamento, ou da união estável, ou da relação monoparental. Sendo assim, resta evidente que o ordenamento jurídico brasileiro admite a existência de três espécies de entidades familiares é o que entende Moraes (2006)<sup>23</sup> afirmando que a Constituição Federal garantiu proteção à família e definiu tão somente três tipos de entidades familiares, ou seja, a constituída pelo casamento, pela união estável entre homem e mulher e a família monoparental, então, não são permitidas outras formas de família com proteção constitucional. Além disso, segundo entendimento do doutrinador, não é certo acreditar que a união estável foi equiparada ao casamento, tendo vista que, se tratam de institutos diversos.

Cabe ressaltar, ainda que em 2011, o STF entendeu que a União Homoafetiva é uma entidade familiar garantindo-lhe todos os direitos previstos para

---

<sup>22</sup> BRASIL, **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990;

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 2217-2218.

quem se encontra em união estável, o fundamento se encontra no fato de que, não há previsão legal desta espécie de união, no entanto, a lei não a veda. Sendo assim, o ordenamento jurídico delimita as espécies de entidades familiar, entretanto, não veda a existência de outras categorias.

#### 2.3.4 Princípio da afetividade

Antigamente, a família se constituía por interesse patrimonial, os casamentos eram arranjados, e não havia qualquer liberdade para se escolher alguém pelo afeto, além disso, havia discriminação contra os filhos havidos fora do casamento, por receio de que estes pudessem violar o patrimônio familiar.

O cenário atual é completamente diferente, com o advento da Constituição Federal de 1988, a afetividade foi colocada em primeiro plano, até mesmo a frente dos laços sanguíneos. Passou-se a ser considerada a diferença entre pai e genitor. Pai é aquele quem cria e o genitor oferece apenas o material genético para a formação do indivíduo.

O afeto é de extrema importância para o ordenamento jurídico, fato que pode ser percebido na possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva, na possibilidade de haver indenização por dano moral e material por abandono afetivo e ainda, na possibilidade de reconhecimento da família sócioafetiva e ainda, alguns doutrinadores consideram a existência de multiparentalidade, ou seja, a possibilidade de existir no registro de nascimento o nome do pai ou mãe biológicos juntamente com o nome do pai ou mãe socioafetivos, como pode ser verificado da análise da jurisprudência pátria:

EMENTA: MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família - Enteado criado como filho desde dois anos de idade Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuas, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base

na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade Recurso provido.<sup>24</sup>

Diante disso, resta evidente a importância da afetividade para o direito de família, visto que, é através da mesma que o direito vem sendo modificado, fazendo com que, surjam novas formas de família e de vínculo parental, e conseqüentemente é gerado direito à alimentos e direito à sucessão.

---

<sup>24</sup> SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, **Ap. 0006422-26/11**, Relator: Des. Alcides e Leopoldo e Silva Junior, 2011

### **3 A REPRODUÇÃO HOMÓLOGA ASSISTIDA POST MORTEM COMO NOVA HIPÓTESE DE PATERNIDADE**

Com a evolução da ciência, a reprodução por meio da relação sexual deixou de ser a única forma de dar origem a um novo ser, e com isso, surgiram novas técnicas complexas que possibilitaram que pessoas estéreis pudessem conceber um filho.

A reprodução humana assistida é uma nova técnica de inseminação que veio para auxiliar pessoas que tenham problemas para gerar um novo ser. Neste capítulo, serão analisados os diversos conceitos de inseminação artificial post mortem, bem como, os seus métodos e espécies e ainda, qual a relevância do consentimento do cônjuge falecido para a ocorrência de tal prática.

#### **3.1 CONCEITO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM**

A inseminação artificial é um meio de substituir a relação sexual, esta é o meio pelo qual deveria ocorrer a fecundação em pessoas saudáveis. O espermatozoide (material genético masculino) é inserido no óvulo (material genético feminino) para que ocorra a nidação. Tal procedimento pode ser realizado de maneira heteróloga e homóloga. Esta ocorre quando a inseminação artificial ocorrem com a introdução do sêmen do marido ou companheiro no óvulo da mulher. Já aquela ocorre quando a inseminação é realizada pelo material genético de um doador. A técnica de inseminação no útero da mulher é de baixa complexidade, já o meio de inseminação, denominado fertilização in vitro é de alta complexidade e ocorre fora do corpo da mulher em uma “cápsula de Petri”.

A reprodução humana assistida será homóloga e post mortem quando forem utilizados o material genético, tanto do marido quanto da esposa, para que seja formado embrião, e essa fecundação ocorre após o falecimento do esposo.

O doutrinador Rolf Madaleno conceitua a reprodução assistida como o conjunto heterogêneo de técnicas empregadas com o intuito de combater a esterilidade do ser humano ou de prevenir enfermidades genéticas e hereditárias.<sup>25</sup>

Segundo os ensinamentos de Queiroz, a esterilidade:

[...] é a incapacidade de um casal conceber após um ano de relacionamento sexual, sem uso de medidas contraceptivas. A infertilidade afeta de 10 a 15% dos casais, podendo ocorrer em função de fatores femininos ou de ambos. Estima-se que, em 40% dos casos, a sua causa esteja associada à mulher, em 40% ao homem e, em 20% a problemas do casal ou de causa desconhecida.<sup>26</sup>

Para Machado, a reprodução assistida: “Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não o do relacionamento sexual”.<sup>27</sup>

Já Scalquete, define a inseminação artificial em duas possibilidades: em princípio, como hipótese de aconselhamento e acompanhamento de frequência da atividade sexual do casal com a finalidade de aumentar a possibilidade de que a mesma tenha como resultado uma gravidez; e por conseguinte, como forma de utilização de técnicas médicas avançadas, de maneira a intervir intimamente no ato reprodutivo, com o fulcro de possibilitar a fecundação.<sup>28</sup>

Leite (1995) citado por Ferraz procurou descrever a inseminação artificial de forma bastante minuciosa:

“Na realização da inseminação artificial, primeiramente recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um doador, através da masturbação. Os espermatozoides, então, são analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando-se os normais dos anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crioprotetora composta por um glicerol misturado a frutose, antibióticos e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plástico numerados, os quais estão prontos para serem conservados em azoto líquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem

<sup>25</sup> MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

<sup>26</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular**. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 276.

<sup>27</sup> MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 32.

<sup>28</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente de 20 anos.<sup>29</sup>

Existem doutrinadores que discordam da existência de tal procedimento, tendo em vista que, o filho que deveria ser gerado pelo amor dos pais através da relação sexual, passa a ser gerado em um laboratório, sendo assim, o ato sexual perde gradativamente espaço para a tecnologia. É o que assevera DINIZ (2009)

[...] urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-se na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra do amor humano. O ideal seria que se evitasse rebaixar o mistério da concepção, divorciando-o de um ato de amor, convertendo-o em um experimento de laboratório, o que pode trazer futuramente graves consequências para o casal e para o filho. Dever-se-á, em nosso entender, coibir inseminação artificial heteróloga, a fertilização em vitro e a gestação por conta de terceiro, ante os possíveis riscos de origem física e psíquica para a descendência e a incerteza sobre a identidade.<sup>30</sup>

Apesar, da respeitável opinião da doutrinadora Maria Helena Diniz, deve-se entender que, existem muitas pessoas que não tem a possibilidade de ter um filho, por diversos motivos, e a inseminação artificial possibilita que essas pessoas tenham a possibilidade de gerar uma criança, um novo ser que constituirá essa família, diante disso, não pode ser limitada esta vontade dos pais, pois estaria sendo violado o princípio do pluralismo familiar, da liberdade na constituição de uma família e do planejamento familiar.

### 3.2 MÉTODOS E ESPÉCIES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida pode ser classificada da seguinte forma:

a) Quanto ao lugar da concepção:

a.1) Fecundação in vitro

<sup>29</sup> FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 44.

<sup>30</sup> DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.



Esta espécie de fecundação ocorre fora do corpo da mãe, então, o ovócito (material genético feminino) e o espermatozoide (material genético masculino) são inicialmente extraídos de seus doadores e são unidos artificialmente em um determinado vidro especial, esta técnica é mais conhecida como “bebê de proveta”. Em regra, ela é praticada em casos que a mulher possui problemas de infertilidade, lesão nas trompas, endometriose, gravidez ectópica, realizou a cirurgia de laqueadura de trompas de maneira irreversível e ainda, em caso de infertilidade do homem.

Para ocorrência da fertilização in vitro há a necessidade de se percorrer algumas fases de início se insere um medicamento na mulher para que ela possa produzir uma maior quantidade de material genético (ovócitos II), em seguida os ovócitos são coletados para a fecundação, posteriormente, serão recolhidos os espermatozoides, o que ocorre geralmente, através da masturbação, se o paciente possui algum problema, como por exemplo a azoospermia, os espermatozoides serão coletados no epidídimo.

Após todos esses procedimentos será realizada a fecundação dos ovócitos II num ambiente que aparenta ser as trompas de falópio. Então, num período de 18 (dezoito) horas será verificada a possibilidade de a fecundação ter obtido êxito, por conseguinte, os óvulos são incubados novamente pelo período de 48 (quarenta e oito) horas para se verificar se as células se multiplicaram, se novamente houve êxito, o embrião será transferido para o útero materno.

Na opinião doutrinador Guilherme Calmon de Nogueira Gama, tem-se que:

É importante observar que as técnicas de fecundação in vitro envolvem vários atos dos médicos que formam uma cadeia até proporcionar efetivamente a gravidez da mulher, já que inúmeras etapas devem ser percorridas, com êxito, como a indução da ovulação, a punção do folículo e cultura dos óvulos – no que pertine ao material fecundante da mulher – coleta e preparação do esperma – no que tange ao material fecundante do homem -, a fertilização do óvulo pelo ambiente reprodutor do corpo feminino, e, em seguida, a cultura dos embriões que se formaram para a posterior transferência para o útero da mulher. Tais etapas se inserem de forma englobada na denominação FIVETE, ou seja, fertilização in vitro e transferência de embriões.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução humana assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 641.

Isto posto, pode ser verificado que a técnica de fecundação in vitro, possui maior probabilidade de gerar gravidez, tendo em vista que, o óvulo fecundado já é transferido para o corpo materno quando se percebe que há a real possibilidade de uma gestação.

#### a.2) Fecundação in vivo

Para que ocorra a fecundação se tem a necessidade de diversos elementos: primordialmente é necessário que por mês surja, para a mulher, um folículo que conterà o ovócito II, para o homem, no entanto, é necessário que ele produza em média 1.000.000 (um milhão) de espermatozoides por dia, é preciso, ainda que a relação sexual ocorra em “período fértil”, que as trompas de falópio estejam preparadas para que ocorra o transporte do embrião para o útero, que ovócito e espermatozoide não possuam qualquer problema que impossibilite a fecundação ou a evolução embrionária e, ainda que o endométrio esteja capacitado para receber e fixar o embrião.

A fecundação in vivo ocorre quando, através de um cateter, é inserido o material genético masculino no ovócito II quando este ainda se encontra nas trompas de falópio.

Rolf Madaleno entende que a fertilização in vivo:

[...] é uma variante da FIV e a concepção não acontece in vitro. Ela tem maior aceitação sob o aspecto ético e religioso, porque permite promover a fecundação dentro do corpo humano, e reduz o risco de gravidez extrauterina, sendo os óvulos e o esperma induzidos no corpo da mulher por meio de um cateter, dentro das trompas de Falópio, local onde se produz naturalmente a fertilização, e, se tudo transcorrer normalmente, os espermatozoides penetram em um ou mais óvulos, formando o embrião.<sup>32</sup>

Cabe esclarecer, no entanto, que a possibilidade de fecundação na fertilização in vivo é menor do que na fertilização in vitro, tendo em vista que, na primeira existem diversos fatores que, mesmo em uma pessoa saudável, podem dificultar a fecundação, em média a probabilidade mensal de se obter uma gravidez em pessoas saudáveis é de apenas 25% (vinte e cinco por cento).

---

<sup>32</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 514.

Ainda, é importante trazer à baila que quanto ao material genético a inseminação artificial pode ser classificada em homóloga e heteróloga. A primeira ocorre quando o embrião é formado pelo material genético do casal, sendo assim, o material genético masculino é do marido e o material genético feminino é da esposa, nesta não ocorrem muitos problemas, devido ao fato de o futuro indivíduo ser filho biológico do casal. Já a segunda ocorre quando, ao invés de ser utilizado o sêmen do marido ou companheiro é utilizado o sêmen de um doador, esta geralmente ocorre em caso de infertilidade do cônjuge ou companheiro.

Existem as seguintes técnicas de reprodução assistida, de acordo com Ângela Marinho:

a) inseminação intra-uterina: os espermatozoides são depositados diretamente dentro da cavidade uterina; b) inseminação artificial intravaginal: o esperma fresco é injetado no fundo a vagina através de uma seringa plástica; c) inseminação intracervical: consiste no depósito de pequena quantidade de esperma contido em um capilar, no interior do cólo do útero; d) inseminação intraperitoneal: através de uma injeção aplicada na cavidade abdominal para que as próprias trompas captem os espermatozoides, fazendo-os em um caminho inverso ao natural, chegando as trompas de falópio diretamente.<sup>33</sup>

Diante disso, percebe-se que a técnica de reprodução assistida é complexa, necessitando de todo um aparato científico para que seja possível a gravidez.

### 3.3 A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DO PAI PARA A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Deve ser destacado que não existe legislação específica regulamentando a reprodução assistida homóloga post mortem, no entanto, em caso de consentimento expresso do pai deixado em vida, entende o Conselho Federal de Medicina e o ordenamento jurídico pátrio, baseado em todos os princípios que regem a família, a filiação e os direitos da criança e do adolescente, que se tem estabelecido o vínculo de filiação.

---

<sup>33</sup> MARINHO, Ângela de Souza M. T. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 30.

Para o doutrinador Rolf Madaleno (2011), somente existe uma norma que regulamenta essa nova espécie de filiação que é a Resolução do Conselho Federal de Medicina de n.º 1.957/2010, esta entende que somente surgirá o vínculo de filiação se houver o consentimento paterno em vida.

Existem diversos fundamentos para que se estabeleça o vínculo de filiação, quando há o consentimento do pai. Entende Cristiano Colombo, que esses fundamentos são:

A uma, a Constitucionalização do Direito Privado, que determina a observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nos termos do artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, no sentido da repersonalização e despatrimonialização;

A duas, a observância do Princípio da Eticidade, em face do ato de inseminação artificial, nesse caso, não se tratar de uma ação má, tampouco fraudulenta ou ofensiva à vontade do marido falecido, inclusive, fazendo parte de um projeto do ora falecido construído com sua esposa, atendendo as justas expectativas do casal, nos veios da Boa-Fé Objetiva. Ademais, decorre, inclusive, do *non venire contra factum proprio*;

A três, a Socialidade é respeitada uma vez que não pode haver uma visão individualista, ou seja, meramente patrimonialista, devendo ser a criança acolhida como filha;

A quatro, a Operabilidade, por sua vez, tendo em vista os avanços tecnológicos e, conseqüentemente, a adaptação a ser feita, no rastro de atendimento das necessidades da sociedade;

A cinco, a igualdade de filiação, forte nos artigos 226, §7º e 230 da Constituição da República Federativa do Brasil, não havendo razão valiosa para estabelecer qualquer “discriminem legal”;

A seis, o Princípio do Melhor Interesse da Criança busca preservar aqueles que estão em estado de fragilidade por se encontrarem em estado de amadurecimento e formação da personalidade;

A sete, o Princípio da Solidariedade, no sentido do reconhecimento do vulnerável e do desenvolvimento integral da pessoa humana, para ser solidário, em detrimento do fluxo individualista;

A oito, o atendimento do Critério Biológico e Critério Socioafetivo (sociológico) do estabelecimento da paternidade, uma vez que decorrente do fator genético, bem como em razão da vontade declarada, que demonstra o afeto e a voluntariedade expressa do falecido em ser pai do fruto da inseminação artificial homóloga, mesmo que após sua morte, bem como ser incongruente a falta de assistência a essa filho.<sup>34</sup>

Outra corrente doutrinária entende, no entanto, que mesmo com o consentimento do pai não há filiação, pelo fato de entenderem que a criança ao nascer deve ter o direito de ter ambos os pais vivos.

Existe divergência quanto a possibilidade do estabelecimento de filiação em uma reprodução assistida homóloga post mortem, tendo em vista que, não existe

<sup>34</sup> COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução Homóloga Assistida Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 161-162.

legislação específica, o que faz com que as decisões judiciais sejam baseadas em correntes doutrinárias. A primeira corrente acredita que, o filho que surge de tal técnica não tem direito nem à filiação nem à sucessão. A segunda corrente estabelece que, apesar de haver o vínculo de filiação, não haverá direito à sucessão. Já a terceira corrente entende que o indivíduo que surge da prática de tal técnica científica faz jus a todos os direitos que tem um filho que nasce quando o pai ainda se encontrava vivo.

Deve-se ressaltar que o Código Civil de 2002 quando trata da inseminação artificial homóloga post mortem em seu artigo. 1.597, III, não exige expressamente que a esposa deve ter autorização antecipada do esposo já falecido para que possa utilizar tal técnica, tendo em vista, que é estabelecido que existe vínculo filial mesmo para os filhos que forem concebidos por fecundação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do cônjuge.

Diante da problemática da falta de regulamentação sobre o tema adveio o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil que assim determina:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.<sup>35</sup>

Isto posto, analisando tal dispositivo pode ser concluído que para que seja possível a submissão da mulher ao procedimento de inseminação artificial homóloga post mortem é preciso que ela se encontre em estado de viuvez e ainda, que o cônjuge falecido tenha autorizado o procedimento em vida.

Desta forma, acredita Rolf Madaleno que, “o uso do sêmen do marido somente é permitido diante da sua expressão de vontade, porque é só sua a titularidade de partes destacadas de seu corpo.”<sup>36</sup> Na mesma esteira entende Paulo Lôbo, afirmando que “não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que nela seja inseminado, por não ser objeto de herança.”<sup>37</sup>. Então, deve-se concluir que o fato de o esposo ter

<sup>35</sup> BRASIL, **Enunciado 106, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em:

<[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=69](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69)>. Acesso em: 30. Jan. 2014.

<sup>36</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 506.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222.

deixado seu sêmen armazenado, considerado isoladamente, não confere o direito de a esposa ir no laboratório e exigi-lo, pois, não há a presunção de consentimento, este deve ser expresso e escrito.

Entretanto existem doutrinadores, como por exemplo Farias e Rosental<sup>38</sup> que entendem o contrário, afirmando que se a esposa utilizar da técnica de reprodução assistida homóloga post mortem, mesmo sem o consentimento do marido, haverá sim vínculo de filiação com o esposo falecido, no entanto, para isso deverá ser movida uma ação de investigação de paternidade.

---

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVAL, Nelson. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## **4 A REPRODUÇÃO HOMÓLOGA ASSISTIDA POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FAMÍLIA E NO DIREITO SUCESSÓRIO**

A ciência evolui rapidamente, trazendo à tona novas técnicas que modificam as relações jurídicas existentes na atualidade, o direito não consegue acompanhar essa evolução, diante disso, passam a surgir lacunas legais que necessitam de preenchimento, este deve ser realizado por meio das demais fontes do direito, como por exemplo a analogia.

Diante disso, mostra-se relevante abordar a evolução do conceito de sucessor para que entenda-lo na atualidade, revelando qual a sociedade que deu origem ao mesmo, e ainda, trazer à toda a divergência existente no Código Civil de 2002 que considera a filiação do indivíduo concebido por reprodução assistida homóloga post mortem, mas não considera que este mesmo indivíduo tenha direito à sucessão, diante disso, resta evidente a relevância de se abordar quais as consequências da prática da inseminação artificial homóloga post mortem para o sistema jurídico nacional.

### **4.1 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SUCESSOR AO LONGO DA HISTÓRIA**

A figura do sucessor não é estática, ela se modifica e evolui ao longo da história para que sejam atendidas as necessidades da sociedade da época. Diante disso, mostra-se evidente que o direito deve sempre se adequar e atender os interesses da sociedade, modificando suas normas cada vez que elas se tornarem vazias e sem sentido. Sendo assim, é relevante estudar a figura do sucessor ao longo da história para que se possa entender as normas que regem a sucessão na atualidade. É o que entende Pontes de Miranda quando esclarece que: “Se observarmos, a vida humana vemos que a acção precisa ser coerente, para que o

acto de hoje continue sendo o esforço do acto de ontem e ponha o indivíduo em condição de resistir de perseverar”.<sup>39</sup>

Tem-se conhecimento de que nos primórdios da humanidade não havia o menor vestígio de direito sucessório, tendo em vista que, as pessoas viviam em comunidades e todos os bens que existiam pertenciam à comunidade, então, não havia qualquer modificação no patrimônio comum quando alguém falecia. Somente quando foi se formando o núcleo familiar, quando os bens passaram a ser da família é que começou a se falar em sucessão mortis causae.

Posteriormente, pode-se perceber uma intensa ligação entre família e religião, o que conseqüentemente fez com que o direito sucessório estivesse entrelaçado à religião, tendo em vista que, pertenciam à mesma família as pessoas que cultuavam a memória dos mesmos antepassados. Isto posto, verifica-se que o filho varão herdava todos os bens, pois, era ele quem dava continuidade às cerimônias religiosas e em não havendo esse filho varão, herdava a pessoa na qual cabia dar continuidade a esses cultos.

Acentua Fustel de Coulanges (2008) sobre as normas sucessórias da época:

Deste princípio se originaram todas as regras do direito sucessório entre os antigos. A primeira é que sendo a religião doméstica como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas.<sup>40</sup>

Com o decorrer do tempo, adveio o Código de Justiniano, neste a sucessão tinha por fundamento a relação de parentesco e ainda, segundo Gonçalves (2008) foi estabelecida a seguinte ordem de vocação hereditária: “a) os descendentes; b) os ascendentes, em concurso com os irmãos e irmãs bilaterais; c) os irmãos e irmãs, consanguíneos ou uterinos; e d) outros parentes colaterais”.<sup>41</sup>

Mais tarde, no século XIII, com o advento do Código Napoleônico surgiu o princípio da saisine no qual determina que a sucessão encontra-se aberta a partir do momento da morte do de cujus, e nesse momento os bens são transferidos para os

<sup>39</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 38.

<sup>40</sup> COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2008. p. 78-79

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 04



herdeiros. Pode ser verificado, entretanto, que na França o direito sucessório ainda se encontrava intimamente ligado ao casamento, visto que, os filhos naturais (aqueles havidos fora do casamento) e a companheira, só herdavam em último caso. É o que entende Carlos Roberto Gonçalves:

Assim, na França, a linha de vocação hereditária inicia-se com os herdeiros (filhos e descendentes; ascendentes e colaterais privilegiados – pai, mãe, irmãos, irmãs e os descendentes destes -, demais ascendentes e seus colaterais – a princípio até o 12º grau, posteriormente até o 4º grau apenas), e, na falta destes, completa-se a vocação com os sucessíveis (filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado).<sup>42</sup>

O Brasil, espelhando-se no Código Napoleônico, adotou o princípio da Saisine, primeiramente na Consolidação das Leis Civis no artigo 978 e Código Civil de 1916 em seu artigo 1.572.

O Código Civil de 1916 somente dava ênfase à família formada através do casamento e com isso, somente tinham direitos sucessórios os filhos advindos do mesmo (filhos legítimos).

Diante disso, é importante trazer à baila o entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias que entende da seguinte maneira:

Reproduzindo o modelo da sociedade do início do século passado, o Código Civil de 1916 reconhecia como família exclusivamente a constituída através do casamento, que era indissolúvel. Para assegurar a integridade da família e do patrimônio familiar, não era admitido o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Chamados de “ilegítimos”, não tinham direitos sucessórios. Essa perversa punição foi se abrandando, até que a Constituição Federal banuiu todo e qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação (CF 227 §6º). (Grifos do autor)<sup>43</sup>

Isto posto, pode ser concluído que na vigência do Código de 1916, antes da Constituição Federal de 1988, os filhos ilegítimos (naturais, adulterinos e incestuosos), adotados não tinham direito a sucessão, assim como, o (a) companheiro (a), então, o direito sucessório estava diretamente ligado ao instituto do casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi instituída a igualdade entre os filhos e proibida qualquer espécie de classificação discriminatória e ainda,

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 26

foi reconhecida a união estável como entidade familiar, no entanto, foi somente com a Lei 8.971/94 que foi assegurado e regulamentado o direito de sucessão à companheira.

Como já foi abordado no presente trabalho, com o advento da Carta Magna de 1988 houve a “constitucionalização do direito privado”, pois, o mesmo deixou de ser visto isoladamente, passando a ser interpretado a luz dos preceitos constitucionais, esse fato influenciou o direito da sucessão, visto que, o mesmo passou a ser analisado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica entre os filhos, e desde então, foi vedada qualquer espécie de discriminação que pudesse haver entre os filhos, inclusive com relação à sucessão. Neste sentido entende, Bittar afirmando que:

Assim, a interpretação deve perfazer-se não pela letra do texto, mas pelo espírito da Carta, ou seja, em consonância com a sua índole e a natureza de seus comandos, que, pelo porte das mudanças ditadas, impunha a reformulação de todo o direito posto no Código Civil de 1.916 e em leis outras de cunho privado, caracterizadas todas por constituírem normas individualistas, paternalistas e não-intervencionistas, inspiradas em idéias ora superadas.<sup>44</sup>

Então, pode-se concluir que com as mudanças que ocorreram no direito de família com relação à filiação e ao reconhecimento da união estável como entidade familiar, conseqüentemente, houveram mudanças no direito sucessório com relação à figura do herdeiro. Além disso, deve ser destacado que a família deixou de ter cunho eminentemente patrimonialista para ser baseada na afetividade e solidariedade.

Com o advento do Código Civil de 2002 foram reafirmados os princípios constitucionais já existentes, com isso, foi dada maior ênfase ao princípio da igualdade jurídica entre os filhos, então, qualquer espécie de denominação discriminatória ficou terminantemente vedada pelo ordenamento jurídico.

Durante a vida do de cujus são formadas diversas espécies de relações jurídicas que geralmente, no entanto, não se extinguem com a morte do titular, diante disso, elas devem ser transferidas para terceiros por ato de vontade do

---

<sup>44</sup> BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 23-24.

falecido ou por meio de imposição da norma pátria. Hironaka relata sobre as mudanças ocorridas a partir do Código de 2002, afirmando que:

Em todo momento de transição legislativa, surge sempre renovada a questão de se reavivar os fundamentos do direito sucessório como forma de justificar a transmissão da titularidade de direitos e obrigações que compunham o acervo do ser humano que falece. Adiante-se que o fundamento da sucessão modificou-se ao longo da história, influenciado pelos movimentos econômicos e sociais verificados. O que não se modificou, entretanto, foram os seus pressupostos considerados de forma abstrata: a morte e a vocação hereditária. A sucessão pressupõe a morte que, natural ou presumida, põe fim à existência da pessoa natural. Mas não basta a morte. A sucessão pressupõe, ainda, a vocação hereditária que pode ter sido instituída pelo de cujus quando em vida (fonte imediata), de forma ampla ou restrita, decorrente do poder de designar herdeiros, ou ainda por disposição legal supletiva (fonte mediata). O poder de designar herdeiros encontra, no mais das vezes, limitação na legislação ou nos costumes de todos os povos, tendo havido épocas em que tal limitação foi absoluta, mormente em decorrência de motivos de ordem religiosa. Contudo, a ausência do poder de designar herdeiros não acarreta a ausência do pressuposto da vocação hereditária. Herdeiro há. O que não há – em certas épocas ou lugares – é a liberdade de instituí-lo segundo critérios que o autor da herança julgasse apropriados. Presentes, portanto, ambos os pressupostos – morte e vocação hereditária – legitimada estará a sucessão.<sup>45</sup>

Isto posto, pode-se concluir que o conceito de sucessor foi se modificando ao longo do tempo, e em cada período as normas sucessórias se adequavam à sociedade da época, antigamente existiam classificações discriminatórias entre os filhos, estes eram classificados em legítimos e ilegítimos, e somente os primeiros poderiam ter direitos sucessórios, a família estava intimamente ligada à religião, o que não ocorre na atualidade, pois, os filhos devem ser tratados de forma igualitária, não importando se advindos ou não do casamento, eles terão os mesmos direitos sucessórios.

---

<sup>45</sup> HIRONAKA, Giselda. **Congresso Anual da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung (Associação de Juristas Alemanha-Brasil)**, realizado na cidade de Dresden (Alemanha), de 22 a 25 de novembro de 2001.

## 4.2 O CONCEITO DE FILHO PARA O DIREITO DE FAMÍLIA EM CONTRAPOSIÇÃO AO CONCEITO DE HERDEIRO PARA DIREITO SUCESSÓRIO

Deve-se perceber que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi vedada quaisquer espécies de qualificações pejorativas com relação à filiação, é o que afirma Zeno Veloso salientando que:

A Lei Maior não tem preteridos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão do sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo inclusive, os designativos que funcionavam com autêntica maldição. (VELOSO, 1997)<sup>46</sup>

Tais qualificações pejorativas que estavam contidas no Código Civil de 1916, não poderiam mais ser empregadas, pois violam intimamente o princípio da dignidade da pessoa humana que é fundamento da República Federativa do Brasil, Ingo Sarlet procurou definir a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

[...] é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>47</sup>

Diante disso, conclui-se que não pode haver qualquer espécie de diferenciação entre os filhos. Ainda, cabe trazer à baila que o Código Civil deu ênfase a figura da presunção de paternidade, prevista ao teor do art. 1.597, quem assim reza:

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;

<sup>46</sup> VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>48</sup>

Então, o Código Civil de 2002, considera que também é filho aquele concebido por fertilização artificial homóloga post mortem. Esta ocorre quando o embrião é formado pelo material genético do esposo e da esposa, após a morte daquele. Entretanto, apesar de o Código Civil ter apresentado essa nova hipótese de paternidade, percebe-se que ele não regulamentou se é necessária a autorização paterna expressa em vida, se deve haver um determinado prazo para a prática dessa técnica. É o que entende, Carlos Alberto Ferreira Pinto em seu artigo científico intitulado como Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório que assim reza:

Os novos dispositivos acrescentados ao art. 1.597 do Novo Código Civil se mostram insatisfatórios, uma vez que não regulam, e muito menos autorizam a reprodução assistida, apenas a constatarem, certamente um reflexo característico da novidade do tema. A matéria é complexa e carece de regulamentação específica.<sup>49</sup>

A falta de regulamentação e a constante evolução da bioética geram a insegurança jurídica, tendo em vista que, a cada dia chegam novos casos para que o Judiciário os resolva, e ele não pode se eximir de julgar por não haver norma que regule o tema, diante disso, para que o Juiz possa decidir, ele deve se fundamentar nos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes, e dependendo do posicionamento que ele tome, irão surgir diversas espécies de decisões sobre o mesmo tema

No entendimento de Paulo Lôbo (2011), se a inseminação ocorrer posteriormente ao prazo de trezentos dias de presunção legal de paternidade, de acordo com o disposto no Código Civil de 2002, a clínica responsável pela conservação do sêmen deverá provar que o material genético que deu origem ao

---

<sup>48</sup> BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>49</sup> PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>. Acesso em: 22. Jan.2014.

embrião é realmente do marido ou companheiro da genitora. Como pode ser visto a seguir:

A presunção tradicional atribui a paternidade ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos trezentos dias após a morte daquele. A fecundação artificial homóloga poderá ocorrer em tempo posterior a esse, persistindo a presunção da paternidade do falecido, desde que se prove que foi utilizado seu gameta, por parte da entidade que se incumbiu do armazenamento.<sup>50</sup>

Deve-se destacar a opinião de Juliano Paganini (2011) que entende que somente será possível se verificar o vínculo de filiação, se a inseminação ocorreu durante a vida do de cujus, ou seja, quando este faleceu a gestação já havia se iniciado, é o que pode ser verificado a seguir: “A presunção de paternidade disposta pelo art. 1.597, inc. II, seria aplicável apenas aos casos em que a inseminação fosse realizada em vida, sobrevivendo a morte do doador do sêmen durante a gestação.”<sup>51</sup>

Apesar da opinião de respeitável jurista deve-se entender que, se o legislador quisesse incluir a hipótese da reprodução assistida homóloga post mortem no inciso II do art. 1597 do Código Civil, ele não teria inserido uma hipótese específica de presunção de paternidade para quem pratica esta técnica no inciso III do mesmo dispositivo. E ainda, deve-se esclarecer que o Código, não permitiu a prática da técnica de inseminação artificial homóloga post mortem, mas também, não a vedou.

A problemática maior surge quando se trata dos direitos sucessórios do indivíduo concebido por reprodução artificial homóloga post mortem, tendo em vista que, o mesmo Código Civil que relata que este é presumido filho do esposo ou companheiro, também diz que somente será capaz de suceder quem tiver sido ao menos concebido na data da morte do de cujus.

Diante disso, deve-se concluir que somente será legitimado para suceder aquele que foi, pelo menos, concebido à data do falecimento do de cujus, daí surgem as contradições doutrinárias sobre o tema, pois, não existe regulamentação específica determinando como poderá ocorrer a sucessão para o indivíduo

<sup>50</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 222.

<sup>51</sup> PAGANINI, Marcondes Juliano. **Reprodução Humana Assistida e o Estatuto Jurídico da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Disponível em: <  
<http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/25474/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>.  
 Acesso em: 30. Jan. 2014. p. 272.

concebido por inseminação artificial homóloga post mortem, as consequências desta falta de regulamentação passarão a ser discutidas no tópico a seguir.

#### 4.3 AS CONSEQUÊNCIAS DA REPRODUÇÃO HOMÓLOGA ASSISTIDA POST MORTEM PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É relevante entender que a sociedade evoluiu ao longo do tempo fazendo com que, fosse modificando o conceito de filiação e família, e estas deixaram de ser tão rígidas passando a ser embasadas pela afetividade, podendo com isso, existirem alguns doutrinadores que admitem a possibilidade de um indivíduo seja filho socioafetivo de uma pessoa, contendo o nome desta em sua certidão de nascimento e, ainda, possa conter os nomes dos pais biológicos. Sendo assim, pode ser percebido que a família se desconectou da origem biológica para se ligar a afetividade.

O biodireito pode ser considerado um novo ramo do direito, compreendido no direito público, que tem por finalidade analisar as novas práticas humanas de manipulação da vida e a sua repercussão no mundo do direito. Diante disso, entende-se que o biodireito tem por fim principal examinar as teorias, legislações e jurisprudência referentes à conduta humana que interfere no, modo de, como surge a vida de um ser humano.

Com a evolução da ciência foram surgindo novas técnicas de fertilização como a reprodução homóloga assistida post mortem, diante disso, passaram a existir novas discussões polêmicas sobre a possibilidade de reconhecimento ou não da existência do vínculo de filiação com o pai pré-morto. A falta de legislação sobre o tema se mostra evidente, tendo em vista que, é quase impossível que o Direito esteja ao lado das mudanças na sociedade, entretanto, deve-se buscar, de maneira veemente, eliminar o descompasso existente entre os avanços da tecnologia e a legislação civilista.

Existem doutrinadores que consideram que haverá sim a constituição do vínculo de filiação com base no princípio da igualdade jurídica entre os filhos que veda qualquer espécie de tratamento pejorativo. Entretanto, Lôbo e Azevedo (2003) entendem que:

[...] interpreta-se o inciso III do art. 1.597 para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que seja obrigatório que a mulher ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.<sup>52</sup>

Em consonância com esse entendimento, ainda, cabe ressaltar que o Conselho Federal de Justiça visando explicar melhor o inciso III do art. 1.597 criou o Enunciado 106, que assim dispõe:

ENUNCIADO 106 – Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é 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 a morte.<sup>53</sup>

Então, para que seja reconhecido o vínculo filial do indivíduo concebido por fertilização artificial homóloga post mortem é necessário que haja o consentimento do de cujus em vida, e ainda, que a esposa se encontre, ainda, em estado de viuvez.

Os doutrinadores divergem sobre a possibilidade de mesmo após a morte o indivíduo ter o direito de procriar e o direito da criança, que irá nascer, de ter uma família formada por ambos os pais é o que entende Mônica Aguiar (2009):

Apesar de restar na legislação a atribuição da paternidade do inseminado ao de cujus, saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes básicas. De um lado, os que defendem essa proteção, ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. De outro, os que sustentam a impossibilidade dessa técnica, como forma de assegurar o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.<sup>54</sup>

Deve-se ressaltar que, não existe um padrão de família na atualidade, e ainda, a Constituição Federal prevê em seu art. 226 § 4º. Além disso, o Princípio Constitucional do Planejamento Familiar, consagrado no artigo 226, § 7º, dispõe que

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil comentado XVI - artigos 1591 a 1693**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

<sup>53</sup> BRASIL, **Enunciado 106, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em:

<[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=69](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69)>. Acesso em: 30. Jan. 2014.

<sup>54</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e Bioética**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.



o planejamento da família é de livre arbítrio do casal, diante disso, o legislador infraconstitucional não pode limitar tal direito. Diante disso, deve-se concluir que, a existência do filho concebido por fertilização artificial homóloga post mortem não pode ser ignorada pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que, deve ser dada ênfase a autonomia de vontade das partes, pois, ambos os pais decidiram de maneira clara e inequívoca que queriam gerar o novo ser, e assim, o mesmo não pode ser privado do seu direito referente a personalidade.

A grande polêmica que surge da prática da reprodução assistida homóloga post mortem é se o ser gerado por tal prática terá ou não direito sucessório, pois o Código Civil afirma em seu art. 1.798 que somente terá legitimidade para suceder quem for concebido à data da morte do de cujus. Entretanto, entende-se que a capacidade sucessória refere-se à aptidão que um ser tem para que possa ter direito a um legado ou herança, e então, para que haja algum impedimento ou limitação a esse direito deve haver lei expressa regulamentando. O que não ocorre no caso do indivíduo concebido por reprodução assistida homóloga post mortem, além disso, deve ser ressaltado que o ordenamento é norteado pelos princípios presentes na Carta Magna de 1988, então, o direito sucessório antes de estar previsto na legislação civil, está garantido pela norma constitucional no art. 5º, inc. XXX.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se a existência de um embate quando se trata dos efeitos que a prática da reprodução assistida homóloga post mortem pode gerar no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns doutrinadores consideram que a mesma não gera nenhum efeito, ou seja, nem filiação nem direito sucessório. Outros já entendem que, haverá o vínculo de filiação, mas não haverá direito sucessório. Já alguns entendem que sob o enfoque constitucional, com base nos princípios que regem a filiação, haverá tanto direito à filiação como direito à sucessão.

Resta claro que, por muitos anos o Código Civil, em especial o de 1916, foi o centro do ordenamento jurídico, entretanto, com o advento da Carta Magna de 1988, esta passou a ser a norteadora de todas as relações jurídicas existentes, e com isso, todas as decisões devem ser baseadas nos princípios constitucionais.

Posteriormente, surgiu o Código Civil de 2002, que apesar de recente, possui normas que se contrapõem, é o que acontece quando o mesmo trata do tema reprodução assistida homóloga post mortem, pois, no título em que se trata do direito de família considera-se concebido na constância do casamento o indivíduo concebido por inseminação artificial homóloga post mortem, ou seja, aquele que foi concebido após a morte do pai já falecido, já no título em que trata do direito sucessório, o Código Civil entende que somente será herdeiro legítimo aquele que for ao menos concebido à data da sucessão.

Mostra-se claro e inequívoca a violação ao princípio da igualdade jurídica dos filhos que entende pela impossibilidade de tratar os filhos de maneira discriminatória, sendo assim, deve ficar claro que em caso de inseminação artificial homóloga post mortem, com base nesse princípio deve-se entender pela concessão do direito de filiação, bem como do direito sucessório.

Entretanto, deve ser considerado que o Estatuto da Criança e do Adolescente preza pelo princípio do melhor interesse do menor, então, este princípio deve ser utilizado como critério de valoração para a prática da reprodução artificial homóloga post mortem, diante disso, deve-se perceber que tal técnica não pode ser utilizada desenfreadamente, ela deve ser limitada, pois viola direitos de uma criança que sequer foi concebida.

Já analisando-se o tema, sob a órbita constitucional verifica-se que a proibição da prática da reprodução assistida homóloga post mortem viola o direito à saúde e ao planejamento familiar, entretanto, esses direitos não podem ser considerados absolutos, e diante disso, devem ser limitados pelos demais direitos existentes no seio constitucional.

Ainda, cabe ressaltar que, na atualidade existe uma tendência à família socioafetiva. Então, a filiação biológica, é em regra, a legal, obrigatória, é a ligação genética entre pai e filho, já a socioafetiva é aquela que surge da afetividade, das relações familiares, que surge naturalmente, deriva da convivência, além disso, não é obrigatório o seu reconhecimento, mas, a partir do mesmo, são gerados direitos e deveres. A filiação socioafetiva é protegida pela Constituição Federal de 1988.

Isto posto, percebe-se que deve haver a limitação da prática da reprodução homóloga assistida post mortem, tendo em vista que, estão em risco direitos que são atribuídos a Criança e ao Adolescente, entretanto, é claro e inequívoco o direito dos pais de constituir a família da maneira que lhes melhor aprouver, então, desde que, a esposa se encontre em estado de viuvez e que haja o consentimento do esposo em vida deve ser permitida a prática da inseminação artificial homóloga post mortem.

Ainda, deve ser destacado que, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser norteado pelos princípios constitucionais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, diante disso, é evidente que, no caso da reprodução humana artificial homóloga post mortem, mesmo o Código Civil dizendo em seu art. 1.798 que só pode ser herdeiro aquele que for ao menos concebido à data da abertura da sucessão, deve ser considerada a concessão de direitos sucessórios ao indivíduo concebido por tal técnica, tendo em vista que, se assim não for, estarão sendo violados princípios de grande valia para o ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e Bioética**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALMEIDA, **Guilherme Weber Gomes de**. **Evolução histórica do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro,44723.html>>. Acesso em: 08. Jan. 2014

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro de 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 09. Jan. 2014

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Enunciado 106, I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=69](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69)>. Acesso em: 30. Jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.515/77**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em: 01. Fev. 2014

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069** de 13 de julho de 1990. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.791/94**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 03. Fev. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_, **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10**. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 24. Jan. 2014.

CAPPARELLI, Júlio Cesar. **Manual sobre o Matrimônio no Direito Canônico**. São Paulo: Paulinas, 2004.

COLOMBO, Cristiano. **Da Reprodução Homóloga Assistida Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DILL, Michele Amaral. CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução História e Legislativa da Família e da Filiação**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9019](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019)>. Acesso em: 07. Jan. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O Estatuto Atual do Biodireito**. 6. ed. rev. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luis Edson. **Da Paternidade, relação biológica e afetiva**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Reprodução Assistida Heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 19, p. 42-63, 2009.

\_\_\_\_\_. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos da reprodução humana assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VII: direito das sucessões**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

HIRONAKA, Giselda. **Congresso Anual da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung (Associação de Juristas Alemanha-Brasil)**, realizado na cidade de Dresden (Alemanha), de 22 a 25 de novembro de 2001.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código Civil comentado XVI - artigos 1591 a 1693**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Novos horizontes no direito de família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. V. 2.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V.5

PAGANINI, Marcondes Juliano. **Reprodução Humana Assistida e o Estatuto Jurídico da Filiação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/25474/DISSERTACAO.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30. Jan. 2014.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>. Acesso em: 22. Jan. 2014.

PLATÃO. **A República**. Tradução Érico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular**. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, **Ap. 0006422-26/11**, Relator: Des. Alcides e Leopoldo e Silva Junior, 2011

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA. Suzana Oliveira Marques Gonçalves de. **Reflexos do Princípio da Igualdade no Instituto Jurídico da Guarda dos Filhos Menores**. Disponível em: <<http://www.funedi.edu.br/files/mestrado/Dissertacoes/TURMA2/DissertacaoSuzanaOMGSouza.pdf>>. Acesso em: 07. Jan. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 6. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.