



REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM: UMA BREVE DISCUSSÃO SOBRE SEUS ASPECTOS BIOÉTICOS, JURÍDICOS E PREVIDENCIÁRIOS

*HUMAN ASSISTED REPRODUCTION POSTMORTEM: A BRIEF DISCUSSION ON
ISSUES BIOETHICAL, LEGAL AND SOCIAL SECURITY*

Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro

Doutoranda em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (2019). Doutoranda em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa (2018). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Graduação em Direito pela UNIVAP (1998). Professora e coordenadora acadêmica do Instituto Nacional de Formação Continuada (INFOC). Professora de diversos cursos jurídicos de atualização. Advogada.

Miguel Horvath Júnior

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Mestre em Direito Previdenciário (1999). Especialização em Direito Processual Civil (1994). Graduação em Direito pela FDSBC (1992). Professor de Direito Previdenciário junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo desde 2000. Vinculado ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (mestrado e doutorado) atuando nas seguintes linhas de pesquisa : A seguridade social na sociedade de risco e o papel do professor de direito na universidade.

Gilberto Marchetti Ferreira Filho

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM (2021). Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR (2018). Pós-graduado lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (2006). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN (2004). Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN desde 2006.

Resumo

O conceito de família tem evoluído, acompanhando a própria evolução da sociedade e as novas formas de relacionamento entre as pessoas. Da mesma forma, a noção de filiação também evoluiu, principalmente com a introdução de técnicas de reprodução humana assistidas, constantemente desenvolvidas pela ciência, e que geram consequências diretas no direito e no biodireito. Em

verdade, o desejo de gerar um filho permeia aspectos importante da pessoa e faz com que a ciência crie técnicas que tornam isso possível, até mesmo para depois da morte da pessoa. Nisso se tem a reprodução assistida póstuma ou *post mortem*, técnica em que se tem a implantação do material genético ou do embrião criopreservado após a morte do cônjuge/companheiro, o que traz uma série de consequências, problemas e discussões no campo da psicologia, da sociologia, e, principalmente, da bioética, do biodireito e no direito. No específico, este trabalho visa trazer à discussão os efeitos previdenciários da reprodução assistida *post mortem*.

Palavras-chave: : família; filiação; reprodução humana assistida *post mortem*; efeitos previdenciários; pensão por morte.

Abstract

The concept of family has evolved, following the evolution of society and the new forms of relationship between people. Similarly, the notion of affiliation has also evolved, mainly with the introduction of assisted human reproduction techniques, constantly developed by science, and which have direct consequences on law and on bio-law. In fact, the desire to have a child permeates important aspects of the person and makes science create techniques that make this possible, even after the person's death. In that there is assisted posthumous or post-mortem reproduction, a technique in which the implantation of the genetic material or the cryopreserved embryo is carried out after the death of the spouse/partner, which brings a series of consequences, problems and discussions in the field of psychology, sociology, and, mainly, bioethics, bio-law and law. Specifically, this work aims to bring to discussion the social security effects of posthumous assisted reproduction.

Keywords: family; affiliation; post-mortem assisted human reproduction; social security effects; death pension.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O epistemólogo jurídico busca ideologias para adequar o arcabouço jurídico brasileiro aos novos acontecimentos e processo evolutivo da sociedade. Nessa senda, preencher as lacunas legais é um dos maiores desafios concedidos ao jurista na pós-modernidade.

Um dos campos que mais tem evoluído na sociedade é, sem dúvida, o direito de família, que está sofrendo profundas adequações quanto à subsunção das normas aos casos da realidade, o que tem gerados debates interessantes na cena jurídica. Novos modelos de famílias surgem e com isso novas demandas jurídicas de adequação as estas entidades familiares são aprimoradas.

A par disso, há ainda uma realidade que para muitos é triste: a impossibilidade de se gerar filhos pelo modo natural. Nesse cenário, surge a atuação da medicina na criação e aperfeiçoamento de técnicas de reprodução humana assistidas, que vão desde a simples implantação do gameta masculino do cônjuge/companheiro no útero da mulher (fertilização *in vivo*), até procedimentos complexos de fertilização *in vitro*.

Ainda mais complexo, esse processo pode se utilizar de gametas não pertencentes ao casal, ou seja, doados por terceiro diante da impossibilidade de um ou ambos os cônjuges. E amplificando a problemática ainda mais, pode se ter também a implantação do embrião numa mãe de substituição, diante da impossibilidade de gerar do cônjuge.

Para apimentar essa situação, existe a possibilidade, reconhecida pela normal inclusive, dessa reprodução se dar *post mortem*, isto é, após a morte do cônjuge. Nessa toada, as consequências tanto para o direito, o biodireito e a bioética são muitas.

Um deles está exatamente nos efeitos da reprodução assistida póstuma no direito previdenciário. É dizer, as implicações que o nascimento de uma criança decorrente da fertilização *post mortem* pode ter para o direito previdenciário, notadamente no campo da pensão por morte, eis que, em verdade, a morte ocorreu em tempo anterior à própria geração do feto. Aliás, anos antes disso acontecer.

Em verdade, não há no ordenamento jurídico brasileiro um preceito que vise guiar nosso operador do Direito quanto a essa situação prática, própria do mundo moderno e que pode gerar situações complexas, inclusive com possibilidade de judicialização.

Assim, diante dessa situação, necessário socorrer-se a princípios constitucionais, normas gerais de direito civil e previdenciário, além de regulamentos do próprio Conselho Federal de Medicina a fim de encontrar caminhos que visem solucionar as ocorrências hodiernas no plano concreto.

Portanto, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, em revisão bibliográfica, o presente estudo tem por objetivo principal analisar, dentro de uma visão moderna de família e das novas formas de composição de filiação, as situações jurídicas que envolvem reprodução humana assistida, principalmente na modalidade *post mortem*, e seus efeitos previdenciários na cena jurídica, notadamente no campo da concessão do benefício de pensão por morte à criança.

Desse modo, sem o intuito de esgotar o tema, se desenvolverá um raciocínio lógico do conceito moderno de família e filiação no campo do biodireito e bioética, bem como das técnicas modernas de concepção artificial.

Passadas essas noções básicas e ingressando-se especificamente no tema proposto, se demonstrará a técnica da reprodução humana assistida *post mortem*, suas formas e requisitos, as falhas legislativas e as diversas discussões que esse tema levanta, dentro do direito comparado, inclusive, para, enfim, se ingressar nos efeitos dessa

reprodução póstuma na seara previdenciária.

2. BIODIREITO, BIOÉTICA E NOÇÕES NECESSÁRIAS SOBRE A FAMÍLIA MODERNA E FILIAÇÃO

O debate acerca de temas relacionados à bioética e biodireito está cada vez mais em evidência no cenário do direito. Desses temas polêmicos que envolvem a bioética e o biodireito, temos, sem sombra de dúvidas, a questão relativa à fertilização artificial, nas suas mais variadas formas.

Com efeito, o biodireito tem como enfoque principal a vida, “salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade” (DINIZ, 2006, p. 9).

Da mesma forma, quando se fala em bioética – fonte imediata do biodireito -, sua base paradigmática reside exatamente na pessoa humana e seu valor supremo, “de sua vida, dignidade e liberdade ou autonomia, dentro da linguagem dos direitos humanos e em busca de uma qualidade de vida digna, dando, portanto, prioridade ao ser humano e não às instituições voltadas à biotecnociência” (DINIZ, 2006, p. 14).

Significa dizer que, falar em fertilização artificial envolve diretamente conceitos e ideais que são objetos de estudos da bioética e do biodireito.

Mas antes de adentrar nesse assunto específico, é preciso compreender que a família moderna tem sofrido grandes evoluções, o que também tem levado a profundas discussões e sopesamentos acerca de temas que ganham grande evidência na cena jurídica atual.

Aliás, “entre todas as mudanças que estão se dando no mundo, nenhuma é mais importante do que aquelas que acontecem em nossas vidas pessoais – na sexualidade, nos relacionamentos, no casamento e na família” (GIDDENS, 2007, p. 61).

O conceito de família é um dos temas no direito civil que mais sofreu evolução nos últimos anos, recebendo novos significados, conforme o desenvolvimento da sociedade mundial e, no específico, brasileira.

Com efeito, “há uma revolução global em curso no modo como pensamos sobre nós mesmos e no modo como formamos laços e ligações com outros. É uma revolução que avança de maneira desigual em diferentes regiões e culturas, encontrado muitas resistências” (GIDDENS, 2007, p. 61).

Para Diniz (2009, p. 173), os legisladores elaboram diariamente novas normas para acompanhar a evolução da sociedade, assim como os tribunais introduzem novos preceitos constantemente, fazendo com que valores sofram mutações com o decorrer do tempo. Assim, para atender às mudanças e evoluções da sociedade, novas regras são criadas, sendo uma constante o dinamismo social.

Diante disso, o conceito de família foi alargado recebendo uma definição muito mais ampla. É certo que, atualmente, família pode dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados biologicamente ou por traços socioafetivos, com a finalidade de desenvolver a personalidade de cada um.

Para além disso, tem-se que o conceito de família moderna “reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 36), traduzindo-se muito mais no vínculo afetivo em busca da realização pessoal e da felicidade de seus membros.

Nessa trilha, a família em seu sentido mais puro e jurídico do termo é qualquer relacionamento de amor, afeto, carinho, solidariedade, compaixão e compreensão presentes entre aqueles que estão envolvidos no grupo, desde que assim se reconheçam (DIAS, 2009, p. 124).

Logo, surge hoje um conceito ainda mais amplo, chamado de família multiespécie, ou seja, famílias compostas por uma relação de afetividade entre pessoas e animais de estimação, animais aqui compreendidos como sujeitos de direitos, notadamente fundamentais (VIEIRA; SILVA, 2020).

A família é, portanto, a instituição social primária, sendo um regime de relações interpessoais e sociais com a finalidade de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

Essa é sem dúvida a visualização trazida pela Constituição Federal, em seu art. 226, que posiciona a família como o alicerce da sociedade civil com especial proteção dada pelo Estado. Nessa visão constitucional, “a família está se tornando democrática, segundo modos que acompanham processos de democracia pública; e tal democratização sugere como a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social” (GIDDENS, 1999, p. 102).

Assim, não é somente a “família tradicional”, fundada no casamento, a que

cumpra a função social a ela atribuída¹, mas também os vários outros arranjos familiares, criados pela sociedade contemporânea. Esses têm cumprido essa finalidade, que é a transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna, dentro da racionalidade, solidariedade e afetividade.

Ao lado da ideia moderna de família, há também a necessidade de se compreender o novo conceito de filiação, que, verdadeiramente, não se resume ao elo que liga biologicamente o pai ou mãe à sua prole e que gera um vínculo jurídico entre as pessoas integrantes de uma família (MADALENO, 2011, p. 471).

Deveras, é o fator biológico que gera uma situação para o direito, a maternidade e paternidade jurídica (FUJITA, 2009, p. 62). No entanto, por diversos motivos, essa noção de vinculação biológica pode não gerar a vinculação jurídica. Seja porque não há o afeto com o filho, ou porque a filiação foi gerada por doação de sêmen ou óvulos de terceiros, em razão de infertilidade ou impossibilidade de procriação biológica do pai ou da mãe.

Nisso temos os meios de concepção científicos e as biotecnias de reprodução, com métodos cada vez mais evoluídos de fertilização *in vitro*, bancos de sêmen e óvulos, catálogos genéticos e muito mais. Gerando novas discussões no campo do direito de família e do biodireito. E que, direta ou indiretamente, se reflete na relação jurídica de proteção previdenciária.

Uma dessas discussões é exatamente a questão da fertilização post mortem e seus efeitos no campo sucessório e previdenciário.

Historicamente, a ideia da maternidade sempre partiu do pressuposto baseado na máxima latina *mater semper certa est*, ou seja, a maternidade é sempre certa. Isso porque se tinha a ideia de que quem dava à luz era efetivamente a mãe da criança.

¹ Aliás, como afirma Giddens (2007, p. 63-64), a noção de “‘família tradicional’ tem muito de uma categoria que abrange tudo. Houve muitos tipos diferentes de família e sistemas de parentescos em diferentes sociedades e culturas. [...] A família tradicional era acima de tudo uma unidade econômica. A produção agrícola normalmente envolvia todo o grupo familiar, enquanto entre a pequena nobreza e a aristocracia a transmissão da propriedade era a principal base do casamento. [...] A desigualdade entre homens e mulheres era intrínseca à família tradicional. Na Europa, as mulheres eram propriedade de seus maridos ou pais – bens móveis, na forma definida na lei. A desigualdade entre homens e mulheres se estendia obviamente à vida sexual. O duplo padrão sexual estava diretamente ligado à necessidade de assegurar continuidade na linhagem e na herança. [...] Na família tradicional, não eram só as mulheres que careciam de direitos: o mesmo se dava com as crianças. A ideia de consagrar os direitos da criança na lei é, em termos históricos, relativamente recente”. Assim, “recapturar a família tradicional é uma tentativa destinada a malograr. [...] não é de surpreender, portanto, que quando críticos direitistas falam da família tradicional eles não tenham de fato em mente, em absoluto, a família tradicional, mas um estado transicional da família no período do pós-guerra imediato – a família (idealizada) da década de 1950. Naquela altura, a família tradicional tinha praticamente desaparecido, mas as mulheres ainda não haviam ingressado na força de trabalho em grandes números e as desigualdades sexuais permaneciam pronunciadas” (GIDDENS, 1999, p. 102).

Contudo, as técnicas modernas de reprodução, os bancos de gametas masculino e, principalmente feminino, além da possibilidade de doação de óvulos, abriram grande brecha nessa máxima que até poucas décadas atrás parecia insuperável.

O campo de discussão desse tema é imenso. Diniz (2006, p. 574) problematiza indagando “se o óvulo não for o da esposa, mas de uma doadora, quem será a mãe? A doadora? Ou a esposa em cujo útero foi implantado o óvulo de outra, fecundado pelo sêmen do marido?”.

Veja que “fácil é perceber que o princípio *mater semper certa est* ficou abalado com o avanço da biotecnologia e da engenharia genética” (DINIZ, 2006, p. 575). E não é só. Temos exatamente nessa discussão a questão relativa à fertilização post mortem, ou seja, para após a morte, como veremos a seguir

3. A FILIAÇÃO E OS MÉTODOS ARTIFICIAIS DE CONCEPÇÃO

Apesar da grande importância social da adoção na sociedade moderna e nas formas de composição da família, é certo que muitas pessoas e casais tem o sonho de conceber e viver todo o processo que culmina no nascimento de uma criança.

Nesse tocante, o mundo e a ciência têm evoluído de forma tão impressionante que estudos e técnicas novas têm surgido a todo tempo no campo médico, no campo da fertilização e reprodução humana, inclusive, o que logicamente traz implicações jurídicas.

Essa evolução no campo da reprodução assistida humana tem por fundamento atender ao desejo mais íntimo do ser humano: a vontade de ser pai e mãe. “O desejo de ter um filho é indiscutivelmente um dos mais universais e está presente na maioria dos anseios dos indivíduos adultos” (FÉLIS; ALMEIDA, 2016, p. 2).

Mas, muitas vezes esse sonho pode ser frustrado por uma série de questões biológicas. Com efeito, “nem todo casal consegue espontaneamente conduzir uma gravidez e uma parte necessitará de tratamentos que resolvam essa situação” (FÉLIS; ALMEIDA, 2016, p. 2). Seja pela infertilidade, ou pela esterilidade, ou pela própria dificuldade de se “segurar” a gravidez, é fato que muitos casais procuram meios científicos de reprodução.

É nesse momento que entra a reprodução assistida. As pessoas que desejam e se submetem às técnicas de reprodução humana assistida visam atender um sonho, um desejo mais íntimo, seja individual, seja do casal, nutrindo a possibilidade de viver todo o processo que começa com a descoberta da gravidez, até o momento do parto, passando

pelos primeiros exames de imagem, o sexo e a popular festa de divulgação, o chá de bebê, além de percalços e momentos únicos que isso proporciona à pessoa e ao casal.

Diante disso, temos que reprodução humana assistida é o conjunto de técnicas e métodos de natureza médica e científica onde se procura unir de modo artificial o óvulo (gameta feminino) com o espermatozoide (gameta masculino), formando assim o embrião e que, uma vez implantado no útero e ali fixado, gerará uma vida (DINIZ, 2006, p. 551). Esse conjunto de procedimentos poderá consistir em, basicamente, dois métodos: o ZIFT e o GIFT.

ZIFT (*zibot intra fallopian transfer*) é o procedimento que concretiza a extogênese ou fertilização *in vitro*, isto é, a técnica em que se retira o óvulo para uni-lo ao espermatozoide em uma proveta, promovendo assim sua fecundação. Uma vez formado o embrião, este é introduzido no útero da mulher, seja do cônjuge/companheira, seja de outra mulher, em maternidade de substituição (DINIZ, 2006, p. 552).

Por sua vez, o GIFT (*gametha intra fallopian transfer*) é o procedimento que materializa a fertilização *in vivo*, ou seja, a que ocorre dentro do útero da mulher. Nela, se coleta o gameta masculino e, após um processo laboratorial de preparação, se introduz esse material diretamente no útero para que a fecundação e formação do embrião ocorra dentro do corpo da mulher, à inoculação do sêmen na mulher, que pode ser também a cônjuge/companheira, outra, em maternidade de substituição. Aqui, não há procedimentos externos que envolvem o óvulo ou embrião (DINIZ, 2006, p. 552).

Nessa trilha, percebe-se que tanto um quanto outro pode se dar de forma homóloga (com material genético do casal) ou heteróloga (com material de um ou duas pessoas estranhas à relação²), em vida ou *post mortem*, sendo este último o principal enfoque dessa pesquisa.

Seja como for, a reprodução humana assistida trabalha um grande problema que tem ganhado relevância social, que é a infertilidade, problema esse que atinge “a saúde de muitas mulheres e homens, assumindo um espaço significativo nos estudos, pesquisas e ações no âmbito da saúde privada e pública, mas que, na área pública principalmente, ainda está longe de auxiliar as pessoas em concretizar o projeto parental” (SARTORI; OLTRAMARI, 2017, p. 403).

² A reprodução heteróloga pode se apresentar sob três formas: unilateral masculina, quando o espermatozoide é de terceiro; unilateral feminina, quando o óvulo é de terceira; e bilateral, quando ambos os materiais genéticos são de terceiros. Ademais, a implantação poderá se dar no útero do cônjuge/companheira, ou em terceira, na maternidade de substituição.

Contudo, a despeito dessa importância no campo médico/biológico, existe as implicações disso no mundo jurídico. Diniz (2006, p. 552) destaca situações inusitadas que podem ocorrer na ZIFT:

- a) fecundação de um óvulo da esposa ou companheira com espermatozoides do marido ou convivente, transferindo-se o embrião para o útero de outra mulher;
- b) fertilização in vitro com sêmen e óvulo de estranhos, por encomenda de um casal estéril, implantando-se o embrião no útero da mulher ou no de outra;
- c) fecundação, com sêmen do marido ou companheiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão do embrião no útero dela;
- d) fertilização, com espermatozoides de terceiro, de um óvulo não pertencente à esposa ou convivente, com imissão no útero dela;
- e) fecundação na proveta de óvulo da esposa ou companheira com material fertilizando do marido ou companheiro, colocando-se o embrião no útero da própria esposa (convivente);
- f) fertilização, com espermatozoides de terceiro, de óvulo da esposa ou convivente, implantando em útero de outra mulher;
- g) fecundação in vitro de óvulo da esposa (companheira) com sêmen do marido (convivente), congelando-se o embrião para que, depois do falecimento daquela, seja inserido no útero de outra, ou para que, após a morte do marido (convivente), seja implantado no útero da mulher ou no de outra.

Dentro disso, logicamente que diversas discussões nasceram, no campo da bioética e do biodireito, tais como: seria a procriação artificial necessariamente um direito? Ou a procriação artificial não poderia ser considerada um meio e não um fim em si mesma? O centro da preocupação do direito aqui é do casal que deseja procriar, ou da criança? Quais os efeitos jurídicos dessa procriação? Quais os limites éticos e jurídicos para a reprodução assistida.

O fato é que a legislação brasileira é pobre na disciplina do assunto. Com efeito, o Código Civil, de 2002, em si, cuida apenas da ideia da reprodução assistida e sua consequência na presunção de paternidade, conforme art. 1.597 (BRASIL, 2002):

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

A despeito das críticas na época, a verdade é que, por ser um Código destinado a disciplinar as relações privadas entre pessoas, a disciplina jurídica não poderia ir muito além disso. De conseguinte, “o Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução

assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade” (VENOSA, 2010, p. 234).

Deveras, é necessária uma lei que regulasse especificamente a matéria, tanto nos seus efeitos civis, quanto no campo penal e previdenciário, além de questões bioéticas e de biodireito. Ou seja, esse assunto, dada sua multidisciplinariedade, complexidade e amplitude, precisa ser regulado por uma lei específica na sua totalidade, estabelecendo-se um verdadeiro micro sistema regulatório.

Nesse contexto, foi aprovado, após muitas polêmicas, a Lei Federal n. 11.105, de 2005, que dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, regulamentando “os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados”, além de criar o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS e reestruturar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio (BRASIL, 2005).

O disposto na Lei, na época do início da sua vigência foi considerando tão polêmico que gerou até uma ADI, sob n. 3510, em que se questionou muitos aspectos da lei, como, por exemplo, o uso de embriões excedentários para fins de pesquisas de célula tronco.³

Entretanto, a despeito da importância da Lei, o fato é que ela é omissa em muitos aspectos importantes. Isso porque ela traz a previsão de procedimentos a serem adotados no tocante às células tronco, mas deixa de lado grandes questões que envolve o tema, que vão desde a aplicação de técnicas de ZIFT e GIFT, até temas relacionados ao procedimento *post mortem*, tema que ingressaremos agora.

4. A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM: ASPECTOS E DISCUSSÕES JURÍDICOS

Como descrito, a fertilização *post mortem* é aquela em que se utiliza de gametas congelados do marido/convivente após sua morte, ou de embriões congelados decorrentes de fertilização *in vitro*, seja na modalidade homóloga (com gameta do marido/convivente), seja na heteróloga (com gameta de terceiro, homem e/ou mulher, com autorização do cônjuge/convivente), também após a sua morte.

Os debates sobre esse assunto se iniciam logo no aspecto da sua aceitabilidade

³ Sobre o tema, recomendamos a leitura do inteiro teor do julgamento: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Ayres Britto, 29 mai. 2008. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 28 mai. 2010.

científica e jurídica. Lorensi (2016, p. 76) traz pontos interessantes sobre o assunto:

Registre-se que a principal discussão quanto a este assunto trava-se no contraponto ao interesse do filho nascido de uma fertilização *in vitro* post mortem de seu genitor, pois, se, de um lado, existe o direito assegurado constitucionalmente de planejamento familiar, uma vez que parece razoável que a mulher, ou, até mesmo, o homem dê continuidade ao projeto familiar iniciado por ambos, desde que o(a) falecido(a) assim tenha autorizado em vida; do outro pode ocorrer de não se observar e respeitar os direitos do filho assegurados pela Constituição, especialmente o direito à convivência familiar.

Barboza (2004, p. 26-27) se manifesta de forma contrária à reprodução *post mortem*, tendo como enfoque o olhar da criança e do melhor interesse do menor:

Indispensável considerar, para melhor compreensão dos efeitos da inexistência do pai, o entendimento da psicologia sobre tal problema, visto ser o pai sabidamente importante na construção da estrutura psíquica do indivíduo. Ao que se sabe, esta lacuna poderá ser preenchida por outra pessoa que venha a exercer a função de pai. A rigor, porém, as hipóteses não são idênticas: na primeira a concepção se deu em vida do pai, na segunda quando já morto o marido. Não se indaga da paternidade (biológica), esta é certa, independentemente da presunção; mas da conveniência de se promover o nascimento de crianças geradas após a morte do pai. Fará diferença o tempo decorrido entre a morte e a concepção? Estará atendido o melhor interesse da criança? Há interesse da criança ou da mãe? (...). Vai se consolidando, em boa hora, o entendimento de que a figura do pai é muito superior à do mero provedor ou reprodutor. Ao vínculo puramente jurídico, calcado em presunções, estruturadas num sistema de marcantes características patrimonialistas, substituiu-se a tendência, hoje vigente, de prevalência do vínculo biológico.

Por sua vez, Gama (2003, p. 733) também é contrário à utilização da reprodução *post mortem*. Fundamenta seu modo de pensar no argumento de que a prática fere os princípios básicos da paternidade responsável, da dignidade humana, do melhor interesse da criança e da igualdade entre filhos. Nesse sentido, explica que na reprodução *post mortem* a paternidade responsável seria alcançada, eis que entende que o projeto parental não pode ser exercido exclusivamente por ato unilateral da mãe. No referente à dignidade humana, entende que essa forma de reprodução prejudica o filho concebido, nos seus direitos pessoais inclusive.

De outro norte, em sentido oposto, Albuquerque Filho (2005) prega a admissibilidade da reprodução *póstuma*, por considerar que “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte”.

Ueda (2008, p. 53) segue exatamente essa mesma linha ao afirmar que, pela atual forma de disposição legal sobre o assunto, “com base na autonomia da vontade das

partes envolvidas, lastreada na razão, é possível a implantação, por ter-se tratado de um projeto familiar decidido e aceito pelo casal”, no qual a autora não vislumbra “maiores problemas ao futuro bebê do que aqueles que lhe ocorreriam se o pai fosse vivo e sua mãe morresse no parto, ou se o pai morresse no exato momento em que se realizasse a implantação”.

Pelo sim ou pelo não, observa-se que a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina permite “a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (BRASIL, 2017).

Há também sua previsão no Código Civil, no art. 1.597, III, como citado, no tocante à presunção pater est, presunção essa que também se estende à união estável nessa situação de reprodução assistida.

Contudo, o assunto ainda levanta diversas discussões e questionamentos. Diniz (2006, p. 558) destaca alguns desses questionamentos:

A clínica de reprodução humana assistida, depositária da célula germinal congelada, na impossibilidade de devolvê-la ao depositante falecido, deverá entregá-la à viúva? Esta poderia obrigar a clínica a inseminá-la? Que direitos teria a viúva do depositante sobre o seu material fertilizante? Autorizar sua inseminação não seria violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta? Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade involuntária? A vontade poderia criar a paternidade póstuma? [...] A inseminação *post mortem* não envolveria, ainda, uma violação ao direito à imagem e à intimidade do falecido? Como admitir, então, a inseminação artificial da mulher, mediante esperma congelado de seu falecido marido, já que isso acarretará consequências jurídicas?

Alguns entendem que, por envolver o planejamento familiar, que é direito fundamental, além trazer um toque de manifestação de vontade e do direito à saúde, “percebe-se que, ao procurarem auxílio nas técnicas de RHA, o casal já manifestou, mesmo que não de forma expressa, o ‘querer’ um filho, o projeto parental estava sendo almejado” (SARTORI; OLTRAMARI, 2017, p. 403), o que se estenderia após a morte. Tanto é assim que o Código Civil prevê e o Conselho Federal de Medicina, no campo ético, autoriza o procedimento.

Mas longe de ser questão pacífica, a reprodução assistida *post mortem* ainda gera muitas discussões, notadamente no campo dos seus efeitos, já que na sua possibilidade, apesar dos questionamentos, não há proibição.

Como previsto na Resolução n. 2.168/2017, a fertilização *post mortem* demanda autorização das partes envolvidas. Na homóloga, a despeito da redação do art. 1.597, III e

IV, do Código Civil, abrir margem para ideia contrária, o texto legal não traz a presunção de que a reprodução *post mortem* seja autorizada ou estimulada. “Ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após seu falecimento” (DIAS, 2009, p. 334).

Deveras, sem a autorização expressa, necessariamente os embriões devem ser inutilizados ou, mediante consentimento, destinados a pesquisas com células troncos, na forma da Lei Federal n. 11.105/2005. Mormente por ser impossível, ou até inadmissível presumir que alguém possa querer ser pai após morrer. Esse desejo deve ser manifesto.

Isso posto, “a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado” (DIAS, 2009, p. 334). Mesmo porque, não se trata de bem que ingressa no patrimônio da herança, constituindo, em verdade, direito personalíssimo do cônjuge/convivente falecido e, portanto, intransmissível à luz do art. 11 do Código Civil.

Assim, “quando um casal busca auxílio das técnicas de RHA, as clínicas são obrigadas a manter termos de consentimento livre e esclarecido, devendo estar ali contida a vontade expressa dos usuários para qualquer tomada de decisão, em vida ou *post mortem*” (NAVES; SÁ, 2015, p. 75).

Nesse campo, ainda se questiona se a autorização deve ser por escrito, ou pode ser verbal. Cremos que, apesar da lei nada mencionar e da discussão sobre o tema, o problema da autorização verbal está mais no campo da prova do que na sua aceitabilidade.

A ideia de se ter a autorização escrita está exatamente na facilitação da prova dela. A verbal pode gerar sérios questionamentos sobre sua real existência e demandaria o uso de prova testemunhal para se atestar ela, o que é, deveras, perigoso e conturbado.

Seja como for, havendo comprovação da autorização “a presunção de paternidade nos casos de fecundação homóloga persiste mesmo com o esposo já falecido, conquanto fique provado pela entidade encarregada do armazenamento de haver sido utilizado o gameta do marido já morto” (JORGE, 2017, p. 143).

Nessa linha, no campo da paternidade, a morte posterior do cônjuge ou companheiro não afasta ou exclui a presunção estabelecida pela Lei, considerando que se trata de uma situação que foi consolidada no momento da manifestação do consentimento, preparação do material genético ou formação dos embriões, bem como

seu congelamento pelo método de criopreservação. Logo, esse entendimento se aplica para embriões excedentários decorrentes de fertilização *in vitro* homóloga, “uma vez que o material genético foi obtido com a participação de ambos os cônjuges” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 615). Portanto, dentro da ideia do planejamento familiar e da manifestação de vontade anterior.

Por sua vez, no campo da reprodução heteróloga, o assunto ganha ainda maior gravidade, principalmente quando a fecundação ou implantação ocorre após a morte do cônjuge/companheiro. Trata-se de um dos temas mais importantes da filiação e reprodução humana assistida e que, ao lado de outros assuntos polêmicos, é fonte de muitos e infundáveis debates na cena jurídica.

Seja como for, para haver a reprodução heteróloga, seja por fecundação ou por fertilização *in vitro*, há a necessidade de autorização expressa do cônjuge/companheiro. Parcela da doutrina defende que essa autorização pode ser verbal, como é o caso de Lôbo (2010, p. 221), que acrescenta que esse consentimento necessita ser prévio, apenas.

De modo diverso, Barros parte do pressuposto de que a inseminação artificial heteróloga deve ser realizada com autorização prévia e escrita do marido/companheiro e o desatendimento disso pode constituir infidelidade moral, o que corresponde à injúria grave. Afirma ainda que a autorização posterior tem o mesmo efeito de perdão (BARROS, 2010, p. 63-64).

A questão da autorização escrita aqui, apesar de ganhar contornos ainda mais problemáticos, deve seguir o mesmo padrão de cautela da reprodução homóloga. Verdadeiramente, a Lei Civil não exige a autorização escrita, a despeito da Resolução n. 2.168/2017 dizer ser obrigatório a manifestação do consentimento informado mediante o preenchimento e a assinatura de formulário especial autorizando a inseminação artificial.

Tal ponto é de extrema importância, eis que “embora ainda não seja o momento de adentrar na seara previdenciária, é de se ver que essa questão poderá suscitar sérios problemas à caracterização do filho por inseminação heteróloga sem que haja consentimento por escrito do segurado cuja pensão se pretende” (JORGE, 2017, p. 145).

De toda forma, o cônjuge/companheiro ao concordar com a inseminação heteróloga não poderá jamais negar a paternidade, dada a presunção que se formou pelo teor do art. 1.797, V, do Código Civil. Mas, se o cônjuge não autorizou o procedimento na forma heteróloga, poderá promover ação negatória de paternidade para se retirar do

assento de nascimento da criança (MADALENO, 2020, p. 960).

Problema maior ainda é estabelecer qual a forma e o termo final para se revogar essa autorização. Tem se compreendido que “para revogar o consentimento, pelo princípio da simetria das formas, também deverá ser por escrito a revogação deste consentimento, salvo se no próprio documento de assentimento houver já as limitações temporais e/ou de outras qualidades” (JORGE, 2017, p. 145).

Já no campo do termo final, tanto deverá ocorrer antes da fecundação ou da implantação do embrião no útero. Uma vez feito o procedimento, em sendo positiva a gravidez do cônjuge/companheira, não há como negar a paternidade, como dito.

Outro ponto é a validade dessa autorização para depois da morte do cônjuge/companheiro, problemática essa que também atinge a reprodução homóloga.

Com efeito, considerando o planejamento familiar como direito fundamental, qual o limite temporal para a validade dessa autorização de utilização do gameta ou embrião após a morte, tanto para fins de paternidade, quanto para seus efeitos jurídicos (no campo sucessório e previdenciário) e também para questões éticas, como, por exemplo, um cônjuge/companheiro já idoso que, desejando ter um filho do cônjuge/companheiro falecido e, diante da impossibilidade física de gerar em seu útero, implanta o embrião em uma mãe substituta, popularmente conhecida como barriga solidária, ou de aluguel?

Ou mais grave ainda, manter uma mulher com morte cerebral viva, ligada a aparelhos, e submetê-la a uma gravidez mediante implantação de um embrião excedentário. Seria isso legítimo do ponto de vista ético/jurídico?

Aliás, nesse tocante, o próprio planejamento familiar e a manifestação de vontade são perpétuos? Ou há um “prazo de validade”?

Importante sempre lembrar, a título de destaque, que no campo do negócio jurídico e das obrigações, a manifestação de vontade jamais poderá ser considerada eterna, muito menos gerar efeitos *ad aeternum*. Sempre haverá, no campo obrigacional decorrente da vontade, um limite temporal. E, muitas vezes, esse limite temporal é a própria vida! E, assim, cabe aos herdeiros dele dar cabo às obrigações assumidas dentro do limite das forças da herança (CC, art. 1.792).

Como dito, a situação se torna ainda mais complexa do ponto de vista jurídico quando a fecundação é heteróloga, com autorização expressa do cônjuge/companheiro. Ou seja, utilizando-se de gametas de terceiros, fora da relação conjugal ou da união estável.

No direito comparado, a “Alemanha e a Suécia vedam a inseminação *post mortem*. Na França, além da proibição da inseminação *post mortem*, dispõe a lei que o consentimento manifestado em vida perde o efeito” (DINIZ, 2006, p. 558).

Em seu turno, “nos países que adotam o sistema anglo-saxão, o consentimento do marido para que sua esposa receba o sêmen de outro homem é equiparado a uma adoção antenatal do filho resultante do emprego da inseminação artificial”. Portanto, esse “consentimento contém o elemento anímico que é o desejo de vir a constituir e manter vínculo de paternidade com a criança, associado à renúncia quanto à possibilidade de se retratar acerca da vontade declarada, ainda que tenha ocorrido vício de consentimento” (GAMA, 2000, p. 26).

Ainda assim, na Inglaterra, a reprodução assistida *post mortem* é permitida. Entretanto, seja na forma homóloga ou heteróloga, não se garante à criança nascida desse procedimento direito à sucessão, salvo se houver documento garantindo esse direito ao nascituro, como um testamento (DINIZ, 2006, p. 558).

Por aqui, a solução é diversa, como vimos. Enquanto vivo, o legislador preferiu atribuir a presunção de paternidade no caso da reprodução heteróloga, aplicando-se a regra contida no art. 1597, inciso V, do Código Civil. Mas e se tratar de implantação *post mortem* de embriões excedentários decorrentes dessa forma de fecundação? A presunção de paternidade continua? Os efeitos da autorização, assim considerada como manifestação de vontade, do cônjuge/companheiro nesse caso também se estendem para depois da morte?

Enfim, as possibilidades de problemas são muitas. Diniz (2006, p. 570-593) aponta pelo menos 45 (quarenta e cinco) situações problemáticas, jurídicas e éticas sobre a questão da fertilização *in vitro*, tanto homóloga, quanto heteróloga.

Logicamente que essa discussão gera consequências em outras esferas do direito, como no caso do direito previdenciário.

A fertilização *post mortem* afeta diretamente a sistemática de verificação de quem é dependente previdenciário. Que se efetiva no momento do óbito do segurado. É possível no nosso ordenamento o reconhecimento como dependente previdenciário de filho concebido com material genético de segurado morto há cinco anos? Para tal reconhecimento há necessidade de prévia autorização feita em vida pelo segurado? Somente seria possível a inseminação em cônjuge ou companheiro?

5. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS EFEITOS PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Com os atuais progressos da medicina pós-moderna, se tornou possível também alterar as relações de cunho previdenciário, principalmente quanto à concessão de benefícios aos seus dependentes. Nesse diapasão, dentro do contexto da inseminação *post mortem* temos interessantes polêmicas no tange as prestações da pensão por morte para aqueles que são considerados legalmente dependentes para fins previdenciários

Para Barbas (1998, p. 134), qualquer solução nessa temática será sempre controversa e, necessariamente, diferente consoante as situações. Acrescenta a autora que “será indiscutível que, perante o vazio da Lei, há que legislar com rigor tentando prevenir todas as hipóteses”, o que, deveras, é tarefa de difícil cumprimento diante da evolução social em que se vive.

Se no Direito de Família contemporâneo, de acordo com os juristas Campos e Campos (2016, p. 19), a sociedade tem assistido à primazia do amor e da solidariedade como seu fruto, para a promoção do bem-estar do outro e do seu agregado, no Direito Previdenciário não pode ser diferente, tendo em vista que, conforme Dias (2017, p. 39) a família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pelo fato de “identificar o indivíduo como integrante do vínculo familiar e partícipe do contexto social”.

Sob essa perspectiva, no decorrer do percurso histórico da proteção à família dentro da seara do seguro social é que as novas contingências sociais familiares foram integradas no universo da Seguridade Social.

No arcabouço jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, *caput*, a família tem especial proteção do Estado. Ademais a proteção social no âmbito da Seguridade Social está inserida em seu art. 194 e possui o escopo de efetivar a promoção do bem-estar e da justiça social de seus beneficiários nas searas da saúde, assistência e previdência social.

Nesse sentido, Larroque (1947) traduziu o ideal que não se pode conceber uma seguridade social do indivíduo que não seja uma seguridade familiar. Seguindo essa trajetória, Horvath Junior e Melo Neto (2020, p. 22) prelecionam:

As prestações familiares, prestações que visam à proteção à família e que podem se consubstanciar na entrega de um valor em dinheiro (benefício) ou serviços, foram implementadas em atendimento à dinâmica de maior intervenção do Estado na proteção social dos indivíduos.

No âmbito da temática, inseminação artificial póstuma no Regime Geral ou próprio

de Previdência Social brasileiro, a proteção previdenciária familiar abrangerá a pensão por morte. Dessa premissa, podemos considerar que a distinção ora colimada entre a inseminação homóloga e heteróloga nos fornecerá uma dicotomia no tratamento da concessão da mencionada prestação do seguro social em ambas as modalidades de inseminação.

Primeiramente devemos compreender qual é o tratamento previdenciário concedido para o filho que foi gerado pelo método da reprodução humana assistida.

Sobre tal mérito, Nametala (2017, p. 154) enfatiza que o Direito previdenciário é um direito de superposição, que incidirá sobre regras já normatizadas por outros ramos do Direito. Nas questões aventadas nesse estudo, o Direito de Família e das Sucessões, dentro de sua normativa jurídica e orientações jurisprudenciais nos fornecerão o raciocínio que aquele que nasceu das técnicas da reprodução humana assistida será filho, dependente para fins previdenciários e que fará jus a pensão por morte.

Nesse teor, cumpre destacarmos que o preenchimento da lacuna legal por meio da utilização de jurisprudência e dos conceitos do direito de família são frequentes em no Poder Judiciário brasileiro⁴. Destarte, nos casos da inseminação artificial *post mortem* relacionados ao Direito previdenciário, até a presente data, não há jurisprudência específica do mérito, mas sim situações análogas que nos concederão uma melhor compreensão do tema em questão.

Importante destacar que a morte é a contingência protegida e tem como seu fato

⁴ Desta forma, já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 3ª Região: "PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE. - O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. - O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. - Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício, tanto é que, nos casos de adoção, se presume a menor necessidade de auxílio quanto maior for a idade do adotado. Não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família. - Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010. - Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal. - O benefício é previsto na legislação previdenciária, por prazo determinado, com sua respectiva fonte de custeio, e foi concedido a segurado (contribuinte) do Regime Geral. - Agravo de instrumento a que se nega provimento." (BRASIL, 2013).

gerador o momento da ocorrência desta. Assim, Derzi (2004, p. 188-189) assevera que:

A morte do segurado no Regime Geral de Previdência Social, seja o segurado obrigatório ou facultativo, que tenha deixado dependente, é o evento apto a provocar o início desta relação jurídica previdenciária, a qual irá culminar com a concessão do benefício em estudo.

Essa hipótese normativa caracteriza e qualifica a morte do segurado como fato objetivo no mundo real. Contudo, consoante se lê do art. 74 da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), o pagamento da pensão por morte pode apresentar os seguintes termos iniciais:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data
I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;
II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Ainda nas buscas dos contornos do núcleo dessa hipótese normativa, observamos que dentro da inseminação artificial póstuma imperará criteriosas diferenças quanto ao seu critério material.

Na hipótese de incidência da pensão por morte comum, o nascimento do filho, dependente para fins previdenciários, ocorre, em regra, antes do óbito do segurado. Contudo, nessa nova hipótese, relacionada a inseminação *post mortem*, o nascimento ocorrerá após o óbito do pai.

Novamente, Nametala (2017, p. 152) nos remete a reflexão que o direito previdenciário não pode ser reduzido a uma cognitiva simplista de natureza binária do tipo “o que não é proibido é permitido”. Entendemos, na presente hipótese, haver direito à pensão por morte, mas sim em razão de uma construção baseada nos dogmas da própria hermenêutica jurídica⁵.

Deveras, existem hipóteses de concessão de benefício quando o nascimento ocorre depois do seu fato gerador. Nesse mérito, de acordo com o art. 387 da Instrução Normativa n. 77 de 2015, o filho nascido durante o recolhimento do segurado à prisão terá direito ao benefício do auxílio reclusão a partir da data do seu nascimento.

⁵ Nesse raciocínio, Lorensi (2016, p. 154) ressalta: “Pode-se adiantar que, até o presente momento, não existe construção teórica a respeito de tal assunto, e muito menos qualquer legislação específica que possa dar guarida, qualquer julgado nos tribunais a respeito da possibilidade ou não, deste filho concebido após a morte do pai ou mãe segurados do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), de vir a ter direito à pensão previdenciária por morte, na qualidade de dependente”.

Outrossim, hodiernamente dentro dos ditames do Decreto n. 10.410 de 30 de junho de 2020, art. 116, § 3º, no caso de qualificação de cônjuge ou companheiro ou companheira após a prisão do segurado, o benefício será devido a partir da data de habilitação, desde que comprovada a preexistência da dependência econômica. Enfim, se desse mencionado relacionamento nascer um filho, este rateará o auxílio-reclusão com sua mãe, na hipótese do pai continuar em regime fechado.

Nesse particular, devemos direcionar nosso raciocínio para a interpretação do fato que, assim como a reclusão em regime fechado pode anteceder ao nascimento, não há razão jurídica que impeça a morte ocorrer antes do nascimento de uma criança, o que ocorre, logicamente, na inseminação artificial *post mortem*.

Sendo assim, formataremos um novo fato gerador para a pensão por morte sem uma hipótese de incidência ainda baseada em lei. O fato gerador só se concretizará por intermédio de provas materiais oriundas do direito registral. Isso comprovará que novas hipóteses de incidência deverão ser inseridas em lei com o propósito de albergar o nascimento ocorrido pós-óbito.

Outro ponto a ser levantado ocorre com o prazo retroativo de 180 dias para o absolutamente incapaz, filhos menores de 16 (dezesseis) anos, possuírem o direito de retroagir o direito à pensão a data do óbito. Esse prazo legal nunca se processará nos casos de inseminação artificial póstuma, pois o nascimento ocorreu após o óbito. Como há uma grande lacuna nesse viés, devemos indagar se não haveria o mesmo prazo de 180 dias de retroação da pensão tendo como marco inicial o nascimento dessa criança, dependente para fins previdenciários do *de cujus*.

Já, partindo para a análise da inseminação artificial “post mortem” homóloga, não vislumbramos qualquer barreira para a conquista pelo nascituro da mencionada prestação previdenciária, assim como ocorre nos direitos sucessórios.

Por sua vez, é imperioso destacar que o art. 1597 do Código Civil traz a presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, mediante fecundação artificial homóloga, mesmo no falecimento do cônjuge/companheiro. Deve-se concernir, entretanto, que o embrião fecundado, ainda que após a morte do segurado, é filho dele.

Grande polêmica se instaura quanto ao fato de não haver limitação de prazo para a realização do procedimento homólogo de inseminação artificial *post mortem*. Diante disso, quando há a autorização concreta para a realização de tal ato pelo *de cujus*, será

evidenciado também, que a percepção da pensão por morte por este nascituro poderá se efetivar anos e anos depois do óbito de seu pai. O que de fato acontece exatamente por não haver qualquer limitação de prazo na manifestação de vontade que autoriza a reprodução *post mortem*, como dito.

Nessa conjuntura, dependentes que rateiam a pensão por morte podem ser surpreendidos após anos com uma criança dependente proveniente de uma fecundação homóloga *post mortem*. Por esta razão, considerando que, conforme Oliveira (2007, p. 184-185), o princípio da razoabilidade visa aproximar o senso comum do bom senso, não nos restam dúvidas a noção de que, sem uma limitação de prazo, um maior inválido pensionista do segurado *de cujus*, por exemplo, poderá ser surpreendido 20 (vinte) anos mais tarde com um irmão nascido através mencionada técnica. E assim, será atingido diretamente pela necessidade de rateio da pensão morte, prejudicando concretamente o seu poder econômico e alimentar, diante de sua incapacidade.

Nas hipóteses relativas a embriões congelados ou criopreservados, bem como, de seu material genético, concebidos por meio de inseminação artificial homóloga póstuma, há que se manter o mesmo direito conforme ratifica Lorensi (2016, p. 191):

Não se pode esperar nada diferente de um ser humano digno de todas as prerrogativas atinentes à sua espécie, razão pela qual repete-se que, sendo o seu genitor segurado da Previdência Social e comprovado que a criopreservação do embrião ou do seu material genético ocorreu antes de sua morte, no momento em que detinha a qualidade de segurado da Previdência Social, ao nascer o fruto de referida fertilização homóloga *in vitro* póstuma, na qualidade de dependente, como qualquer outro filho, não haverá óbice para ser-lhe concedido tal direito de pensão previdenciária por morte.

A maior polêmica quanto à temática desenvolvida, está na inseminação artificial heteróloga *post mortem*, pois essa depende de material genético de terceiros. Nesse tocante, para que possamos explicar quais são os efeitos da mencionada inseminação artificial no direito previdenciário, precisamos deixar claro quais são suas formas de configuração:

A reprodução heteróloga, ainda pode se apresentar de três formas: (i) reprodução heteróloga unilateral a patre (quando o terceiro é doador de espermatozoide); (ii) reprodução heteróloga unilateral a matre (quando a terceira pessoa é doadora do óvulo, o qual será fecundado *in vitro*, para depois ser transferido para o útero da mulher que deseja procriar); e (iii) reprodução heteróloga bilateral (quando ocorre a doação por terceiros tanto do espermatozoide como do óvulo, sendo a fertilização realizada *in vitro* e após transferido para o útero da mulher que gerará o embrião implantado). (GAMA, 2008, p. 342)

Nesse raciocínio, na primeira hipótese, devemos elucidar que só haverá direito a pensão por morte em caso de efetivação do registro civil de filiação que comprove a relação socioafetiva póstuma desenvolvida. Isso porque, havendo a autorização expressa para tal procedimento após a morte do cônjuge/companheiro, na forma da Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, haverá a presunção de paternidade, como manda o art. 1.597, V, do Código Civil, configurando-se, assim, uma verdadeira paternidade socioafetiva após a morte (DIAS, 2009, p. 336).

Caso os herdeiros para efeitos cíveis venham contestar tal registro judicialmente, acarretando o seu cancelamento, por vício ou inexistência de autorização para o procedimento após a morte, a criança poderá ter o seu direito a pensão cancelado. Porém, como o benefício previdenciário tem caráter alimentar, os valores recebidos, em regra, não serão restituídos.

Na segunda forma, sendo o espermatozoide do pai biológico, diante da máxima *mater semper certa*, não haverá dificuldades registrais. E havendo o devido registro não há qualquer questionamento quanto à concessão da pensão por morte à criança. Ademais, enquanto mãe gestacional, mesmo não possuindo relação biológica de filiação, terá o direito ao salário-maternidade.

Enfim, nos casos de reprodução heteróloga bilateral póstuma, consideramos que a ideia permanece a mesma quando a mãe gestacional é a própria cônjuge ou companheira. Isto é, havendo autorização expressa para uso do material genético ou embrião após a morte, haverá a presunção de maternidade e paternidade, o que importará no registro da criança e conseqüente direito à pensão por morte.

Questão mais complexa ocorrerá, entretanto, quando houver a necessidade de maternidade de substituição, ou seja, quando, em razão da impotência *generandi*, houver a necessidade de se implantar o embrião no útero de mulher alheia à relação, em barriga solidária ou de substituição.

Trata-se de uma das questões mais complexas nesse campo que o direito civil e o direito previdenciário têm enfrentado, notadamente pela falta de regulamentação sobre o tema e que claramente geram efeitos na licença maternidade para a mãe de substituição e para os cônjuges que planejaram a fertilização e inseminação. Ademais, há ainda a problemática que envolve também o pensionamento por morte da criança.

Fica claro que a legislação e jurisprudência previdenciária brasileira ainda está muito distante de suprir as lacunas criadas pelas novas formas de filiação, notadamente

quando se trata de procedimentos de reprodução assistida. Por isso, devemos usar como base para eventuais soluções de mérito paradigmas dos direitos de família e sucessões.

De se anotar ainda que dificilmente haverá o direito a pensão por morte dos doadores de óvulo ou espermatozoide, pelo caráter sigiloso que envolve tal questão. Aliás, diante do direito fundamental à identidade genética, sobre o tema, Dias (2009, p. 336) destaca que a despeito de se proibir a divulgação da identidade dos doadores do material genético para aqueles que estão se utilizando dele, “não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação investigatória de paternidade para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registrares”.

Logo, não havendo efeitos registrares no reconhecimento da identidade genética, em regra, não há falar em concessão de qualquer benefício previdenciário decorrente da dependência do doador do material.

Inclusive, devemos sempre destacar, à título de acréscimo, que é condição intrínseca da percepção do benefício do seguro social que o de cujus tenha qualidade de segurado no momento de seu óbito, salvo questões de direito adquirido a aposentadorias. Do contrário, não existe qualquer direito à pensionamento por morte.

Por derradeiro, precisamos trazer à tona também o fato de que a não limitação de prazo para a realização de uma inseminação póstuma pode gerar problemas quanto ao financiamento do futuro benefício a ser conquistado, bem como trazer perdas imensuráveis para os dependentes que o rateiam, como frisado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de família tem evoluído sobremaneira nos últimos anos. E toda essa evolução, por vezes, não é acompanhada pela legislação, seja ela civil ou previdenciária.

Com efeito, novos conceitos de família e filiação foram introduzidos na sociedade, além da própria evolução da ciência em aspectos que influenciam de forma imediata no direito, como é o caso da reprodução humana assistida, seja na fertilização *in vivo* ou *in vitro*.

Essa questão ganha ainda mais evidência e problemática quando se traz a possibilidade dessa reprodução assistida *post mortem*, exatamente por envolver aspectos que vão muito além da vontade de se ter um filho, atingindo pontos da psicologia, sociologia, biodireito e bioética.

No campo do direito, as questões e controvérsias são muitas, até mesmo na aceitabilidade dessa forma de reprodução. Como visto, no direito comparado, algumas legislações europeias não admitem a possibilidade da reprodução *post mortem*, diante da complexidade de problemas que essa forma reprodutiva pode gerar.

No Brasil, a despeito de não haver legislação específica sobre, percebe-se claramente que o Código Civil admite a possibilidade, ao prever a presunção de paternidade no caso de reprodução homóloga e heteróloga póstuma.

Seguindo essa linha, o Conselho Federal de Medicina, pela Resolução n. Resolução n. 2.168/2017, deixa claro que a reprodução *post mortem* somente é possível se houver a autorização expressa do cônjuge/companheiro, que pode até ser verbal, diante da omissão legislativa sobre, deixando o problema da demonstração de sua existência para a prova se houve questionamento judicial a respeito disso.

De toda forma, ainda que exista a manifestação de vontade expressa no sentido de se autorizar a reprodução após a morte, o fato é que, tal como está hoje na lei e regulamentos, não há qualquer limite de validade para essa declaração de vontade, o que também pode se tornar fonte de problemas do ponto de vista bioético e de direito.

Interessante notar que, no campo dos negócios jurídicos, principalmente das obrigações, a manifestação de vontade não pode ser considerada eterna ou perpétua, havendo sempre um limite temporal para a produção dos seus efeitos.

Seja como for, temos que havendo essa autorização expressa, a reprodução *post mortem* é permitida, tanto na modalidade homóloga, quanto na heteróloga. E, conseqüentemente, gerará a presunção de paternidade, na forma do art. 1.597, incisos III, IV e V, do Código Civil, com a conseqüente lavratura do registro da criança.

Diante disso, ter-se-á os efeitos previdenciários desse nascimento, principalmente no campo da pensão por morte, desde que o pai falecido tenha qualidade de segurado no momento de seu óbito.

Logo, o filho nascido em decorrência de fecundação ou inseminação artificial *post mortem* terá direito à pensão por morte desde o seu nascimento, bastando para tal a comprovação da condição de filho/dependente perante o órgão previdenciário.

Havendo outros beneficiários, haverá necessariamente o rateio do valor correspondente entre os dependentes, trazendo, portanto, a legitimidade para que os demais possam discutir judicialmente a eficácia da autorização para a reprodução póstuma.

Por fim, importante mencionar a imprescindibilidade de se ter uma legislação específica sobre o tema, regulamentando a situação da reprodução humana assistida nos seus mais variados aspectos, a fim de se preencher as lacunas e esclarecer as muitas dúvidas e questões que envolvem o assunto, tanto no campo civil, quanto no previdenciário.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE FILHO, C. C. de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM, out. 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BARBAS, S. M. de A. N. **Direito ao patrimônio genético**. Lisboa: Coimbra, 1998.
- BARBOZA, H. H. **Bioética e discurso científico: que lugar para a lei? Já podemos dispensar o pai?** Rio de Janeiro: DIAG/TJERJ, 2004.
- BARROS, E. O. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.168, de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 10 nov. 2017.
- BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei Federal n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 28 mar. 2005.
- BRASIL. Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 25 jul. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator Ministro Ayres Britto, 29 mai. 2008. **Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 28 mai. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 0027307-84.2012.4.03.0000. Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, 28 jan. 2013. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região**, São Paulo, 13 fev. 2013.
CAMPOS, D. L. de; CAMPOS, M. M. de. **Lições de Direito de Família**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2016.

DERZI, H. H. **Os beneficiários da pensão por morte: o regime geral de previdência social**. São Paulo: Lex Editora, 2004.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, M. B. **Manual do Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, M. H. **As lacunas no direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FÉLIS, K.; ALMEIDA, R. Perspectiva de casais em relação à infertilidade e a reprodução assistida: uma revisão sistemática. **Reprodução e Climatério**. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, Elsevier, v. 31, n. 2, mai.-ago. 2016, p. 105-111, 2016.

FUJITA, J. S. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GAMA, G. C. N. da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, G. C. N. da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, G. C. N. da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob perspectiva do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, a. 2, n. 5, p. 7-28, abr./jun. 2000.

GIDDENS, A. **A terceira via**. São Paulo: Record, 1999.

GIDDENS, A. **Mundo em Descontrole**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HORVATH JÚNIOR, M; MELO NETO, E. L. **Família como objeto de proteção social perante o Direito previdenciário**. In: RIBEIRO, J. de O. X; HORVATH JÚNIOR, M. (coord.). **A proteção à família no direito previdenciário**. São Paulo: Rideel, 2020.

JORGE, T. N. S. **Direitos Humanos, direito de família e sucessões e previdência social**: Temas Controversos. Rio de Janeiro: Instituto Memória, 2017.

LAROQUE, P. Famille et securité. **Revue Française du Travail**, Paris, 1947.

LÔBO, P. L. N. **Direito Civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LORENSI, F. A. de. **Fertilização *in vitro* póstuma e seus efeitos no direito previdenciário**. 2016. 229 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

MADALENO, R. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. [livro digital]

NAMETALA, T. S. J. **Direitos humanos, direito de família e sucessões e previdência social**. Rio de Janeiro: Instituto Memória, 2017.

NAVES, B. T. O.; SÁ, M. F. Panorama Bioético e Jurídico da Reprodução assistida no Brasil. **Revista de Bioética y Derecho**. Barcelona, n. 34, p. 64-80, jul. 2015.

OLIVEIRA, F. de. **Por uma teoria dos princípios – o princípio constitucional da razoabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SARTORI, G. L. Z.; OLTRAMARI, V. H. **Reprodução assistida post mortem: um direito/dever ou um desejo?** In: VIEIRA, T. R.; CARDIN, V. S. G.; BRUNINI, B. C. C. B. (orgs.). **Famílias, psicologia e direito**. Brasília: Zakarewicz, 2017.

UEDA, A. S. R. A Dignidade e a Solidariedade para com o Zigoto (Embrião) Humano Extra-Uterino: uma nova acepção de entidade familiar? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 2, fev./mar. 2008.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: direito de família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 6.

VIEIRA, T. R.; SILVA, C. H. (coords.). **Família Multiespécie**: animais de estimação e direito. Brasília: Zakarewicz, 2020.

Recebido em 20/04/2021

Aprovado em 16/12/2022

Received in 20/04/2021

Approved in 16/12/2022