

Felipe Roberto Pires da Silva

# Os efeitos da implementação de **GAMETAS HUMANOS POST MORTEM**

no direito previdenciário

A biotecnologia desafia o Direito. Este livro responde com profundidade e humanidade.

Com o avanço das técnicas de reprodução humana assistida, novas formas de concepção se tornam possíveis – inclusive após a morte de um dos genitores. Essa realidade levanta questões jurídicas urgentes: o filho concebido post mortem tem direito à pensão por morte? Como o Direito Previdenciário, tradicionalmente voltado ao trabalhador em vida, lida com essa nova forma de vínculo familiar?

Neste estudo inovador, Felipe Roberto Pires da Silva apresenta uma análise criteriosa e interdisciplinar entre o Direito Previdenciário, o Direito Civil e o Biodireito. Ao abordar os desafios legais da reprodução assistida post mortem, o autor discute temas como filiação, sucessão, dependência econômica e dignidade da pessoa humana, propondo uma leitura constitucional inclusiva e protetiva.

Voltada a juristas, acadêmicos e operadores do Direito, esta obra é uma contribuição essencial para a construção de um sistema jurídico sensível às transformações sociais e biotecnológicas, reafirmando a previdência social como um instrumento de justiça e solidariedade

ISBN 978-65-6006-266-5



9 786560 062665 >

The image features a dark, monochromatic background with a microscopic view of human gametes. In the upper right corner, a large, detailed human egg cell is visible, showing its outer membrane and internal structure. In the lower half of the image, numerous sperm cells are depicted, each with a distinct head and a long, wavy tail. The overall aesthetic is scientific and clinical.

Os efeitos da  
implementação de  
**GAMETAS HUMANOS  
POST MORTEM**

no direito previdenciário

**Direção Executiva:** Luciana de Castro Bastos  
**Direção Editorial:** Daniel Carvalho  
**Diagramação e Capa:** Editora Expert  
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>  
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA, Felipe Roberto Pires da. Os efeitos da implementação de gametas humanos post mortem no direito previdenciário / Felipe Roberto Pires da Silva. – Belo Horizonte, MG: Editora Expert, 2026. 110 p.

ISBN: 978-65-6006-266-5

1.Direito previdenciário – Brasil. 2. Reprodução humana assistida – Aspectos jurídicos. 3. Inseminação artificial post mortem. 4. Biodireito. 5. Pensão por morte. I. Título.

CDD: 344.02 CDU: 349.3

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

#### Índices para catálogo sistemático:

Direito Previdenciário / Biodireito – 344.02 / 349.3

[experteditora.com.br](https://experteditora.com.br)

[contato@editoraexpert.com.br](mailto:contato@editoraexpert.com.br)





**Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Alexandre Miguel  
Cavaco Picanco Mestre**

Universidade Autónoma de Lisboa, Escola.  
Superior de Desporto de Rio Maior, Escola.  
Superior de Comunicação Social (Portugal),  
The Football Business Academy (Suíça)

**Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira**

Universidade de Brasília - UnB

**Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre**

Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales,  
Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

**Prof. Dr. César Mauricio Giraldo**

Universidad de los Andes, ISDE, Universidad  
Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

**Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.  
e PUC - Minas

**Prof. Dr. Gladston Mamede**

Advogado e escritor

**Prof. Dr. Francisco Satiro**

Faculdade de Direito da USP - Largo São  
Francisco

**Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza**

Universidad de Litoral (Argentina)

**Prof. Dr. Henrique Viana Pereira**

PUC - Minas

**Prof. Dr. Javier Avilez Martínez**

Universidad Anahuac, Universidad  
Tecnológica de México (UNITEC), Universidad  
Del Valle de México (UVM) (México)

**Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

**Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha**

Universidade Federal da Bahia - UFBA

**Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino**

UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

**Prof. Dr. Leonardo Ferreira Vilaça**

Universidade de Itaúna - UIT e Universidade  
do Estado de Minas Gerais - UEM

**Prof. Dr. Luciano Timm**

Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

**Prof. Dr. Mário Freud**

Faculdade de direito Universidade  
Agostinho Neto (Angola)

**Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra**

Universidad Continental sede Huancayo,  
Universidad Sagrado Corazón (UNIFE),  
Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

**Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura**

Universidade Estadual De Montes Claros

**Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues**

Centro Universitário Uinhorizontes  
e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

**Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior**

PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

**Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães**

Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.  
PUC - Minas

**Prof. Dr. Thiago Penido Martins**

Universidade do Estado de  
Minas Gerais - UEMG



## PREFÁCIO

Apresentar esta obra é reconhecer o valor de um pensamento jurídico que se renova diante das transformações da vida. Felipe Roberto Pires da Silva, advogado e estudioso do Direito Previdenciário, empreende aqui um percurso singular: o de transpor as fronteiras tradicionais do seu campo para dialogar com o Biodireito e com os complexos dilemas da Reprodução Humana Assistida, especialmente em sua modalidade *post mortem*.

A obra, intitulada “*Os Efeitos da Implementação de Gametas Humanos Post Mortem no Direito Previdenciário*”, surge em um tempo em que o Direito é constantemente desafiado a reinterpretar seus fundamentos diante dos avanços biotecnológicos. A possibilidade de concepção após a morte de um dos genitores traz à tona questões éticas, civis e previdenciárias que exigem sensibilidade, coerência normativa e compromisso com a dignidade humana.

O autor propõe um olhar criterioso sobre a extensão da proteção previdenciária aos filhos concebidos *post mortem*, enfrentando o silêncio legislativo e as incertezas interpretativas que marcam o tema. Sua análise perpassa conceitos estruturantes, como filiação, dependência econômica, sucessão, direitos do nascituro, até alcançar a dimensão dos direitos humanos e fundamentais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à previdência social como expressão da solidariedade constitucional.

Ao articular o Direito Previdenciário com o Biodireito e o Direito Civil, Felipe não apenas esclarece, mas amplia, os horizontes da pesquisa jurídica contemporânea. Mostra que o estudo da previdência não pode permanecer restrito às contingências laborais, pois também se projeta sobre as novas formas de geração da vida e de constituição familiar. É nesse ponto que o autor se torna um verdadeiro inovador: ao compreender que o filho concebido *post mortem* não é apenas uma hipótese biotecnológica, mas um sujeito de direitos que interpela o Estado e o sistema de proteção social.

Com rigor científico e linguagem acessível, o livro percorre temas clássicos e contemporâneos, revelando o diálogo necessário entre a Biologia, a ética e o Direito. Trata-se de uma obra que convida à reflexão: até que ponto o ordenamento jurídico está preparado para acolher as novas tecnologias reprodutivas e os novos modos de nascer e de existir e de ser reconhecido como pessoa? Como o Direito Previdenciário (historicamente voltado à proteção do trabalhador) pode se abrir ao amparo de vidas que se originam sob a égide da ciência e do feto, mesmo após a morte?

Felipe Roberto Pires da Silva enfrenta essas indagações com coragem e profundidade. Sua contribuição não se limita a um estudo doutrinário, mas representa um gesto ético de compromisso com a justiça social e com o futuro do Direito.

Ao leitor, deixo um convite: mergulhar nesta leitura com a mente aberta e o espírito crítico, permitindo-se compreender que o Direito Previdenciário é, antes de tudo, uma expressão de humanidade, e que o reconhecimento do filho concebido *post mortem* é também uma forma de afirmar o valor da vida, em todas as suas possibilidades.

NAYANE COSTA NASCIMENTO

Advogada e Professora Universitária

Doutora em Direito Privado - PUC Minas

Mestre em Educação - PUC Minas

Especialista em Ética e *Compliance* - Faculdade *Albert Einstein*

## RESUMO

Os efeitos da reprodução humana assistida *post mortem* foram avaliados no âmbito do Direito Previdenciário, destacando as implicações jurídicas para o filho concebido após o falecimento de um dos genitores. O avanço da Biomedicina possibilitou a utilização de técnicas de criopreservação e fertilização *in vitro*, suscitando novas demandas ao ordenamento jurídico. O objetivo consistiu em investigar se o filho concebido nessas condições pode ser reconhecido como dependente previdenciário e, conseqüentemente, ter direito à pensão por morte. O tema foi desenvolvido a partir do diálogo entre o Direito Previdenciário, o Direito Civil e o Biodireito, com a análise de conceitos como filiação, sucessão hereditária, dignidade da pessoa humana e solidariedade social. A metodologia adotada foi lógico-dedutiva, baseada em pesquisa bibliográfica e reflexão jurídico-acadêmica. Como resultados principais demonstrou-se que a legislação previdenciária brasileira ainda não contempla expressamente o nascituro concebido *post mortem* como dependente, revelando lacunas normativas que exigem interpretação constitucional. Concluiu-se que a proteção previdenciária deve ser garantida ao filho concebido, em observância aos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e da proteção integral, assegurando-lhe o direito à pensão por morte e fortalecendo a função social da previdência.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida *post mortem*. Direito Previdenciário. Dependente previdenciário. Sucessão.



## APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento ao leitor esta obra intitulada “Os Efeitos da Implementação de Gametas Humanos *Post Mortem* no Direito Previdenciário”, fruto de extensa pesquisa, intensa reflexão e vivência jurídico-acadêmica.

O tema aqui abordado é, ao mesmo tempo, inovador e desafiador. O avanço da biotecnologia trouxe novas possibilidades à reprodução humana, permitindo que o projeto parental se concretize mesmo após o falecimento de um dos genitores. Essa realidade, no entanto, impõe ao Direito a tarefa de responder a questões complexas: como assegurar os direitos previdenciários do filho concebido *post mortem*? Estaria ele amparado pelo sistema de proteção social brasileiro?

A obra percorre esse caminho com rigor científico, dialogando entre três grandes ramos do saber jurídico: o Direito Previdenciário, o Direito Civil e o Biodireito. Assim, o leitor encontrará não apenas o histórico e a estrutura da previdência social no Brasil, mas também reflexões sobre filiação, sucessão, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

Mais do que um estudo teórico, este livro é um convite à reflexão sobre o papel do Direito em acompanhar os avanços da Ciência e, sobretudo, em garantir que esses avanços se traduzam em proteção social efetiva. Afinal, diante de uma sociedade em constante transformação, o Direito não pode permanecer inerte, devendo oferecer respostas justas e condizentes com os valores constitucionais que nos regem.

O leitor encontrará, portanto, uma obra instigante, que não apenas analisa lacunas legislativas, mas também propõe uma interpretação em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Que esta leitura desperte questionamentos, inspire pesquisas e contribua para o fortalecimento da doutrina previdenciária e para a construção de um sistema jurídico mais inclusivo, humano e atento às novas configurações da vida.

FELIPE ROBERTO PIRES DA SILVA.

Advogado e Professor

Mestre em Direito Público -Universidade FUMEC

Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho -Faculdade Pitágoras.



## SUMÁRIO

1. Introdução.....	15
2. Previdência social no recorde dos dependentes post mortem .....	17
2.1 Breve introdução ao Direito Previdenciário .....	17
2.2.1 Aspectos históricos do Direito Previdenciário .....	17
2.2.2 Segurados do Regime Geral de Previdência Social.....	23
2.2.3 Benefícios do Regime Geral de Previdência Social.....	26
2.2 Classificação dos dependentes.....	31
2.3 Dependência econômica.....	36
2.4 Inscrição, filiação e habilitação de dependentes .....	42
2.5 Alimentos gravídicos .....	46
2.6 Direito Previdenciário sob a perspectiva dos Direitos Humanos .....	48
3. As facetas da reprodução humana assistida no Brasil.....	53
3.1 A reprodução humana assistida e o desafio do projeto parental.....	53
3.2 Percurso biológico entre material genético, embrião e nascituro .....	59
3.3 As espécies da reprodução humana assistida .....	63
4. O direito à pensão por morte previdenciária na reprodução humana assistida .....	69
4.1 O direito do nascituro à concessão da pensão por morte.....	69
4.2 Os efeitos sucessórios advindos da reprodução humana assistida homóloga e heteróloga.....	77
4.3 O direito à pensão por morte previdenciária advinda da reprodução humana assistida homóloga e heteróloga.....	88

5. Conclusão ..... 97

Referências ..... 101

## 1. INTRODUÇÃO

O avanço da Biomedicina possibilitou que os casais acometidos de infertilidade possam utilizar a Ciência a fim de concretizarem o projeto parental.

Esse avanço científico propiciou aos casais inférteis a utilização da reprodução humana assistida para gerarem um filho ou, ainda, armazenarem o material genético para a realização do procedimento *a posteriori*.

Na hipótese de o cônjuge/companheiro falecer e a cônjuge/companheira pretender fecundar o material armazenado (criopreservado), surge a seguinte questão: os filhos provenientes da reprodução humana assistida *post mortem* poderão gozar de algum benefício previdenciário?

Logicamente, o filho advindo de uma fecundação natural, caso o genitor venha a óbito, será amparado pelo sistema previdenciário. Já o filho proveniente da reprodução humana assistida *post mortem* será amparado pelo sistema previdenciário e gozará de algum benefício?

Para melhor elucidação do tema-problema, os tópicos foram divididos em capítulos.

No capítulo 2 são abordados o conceito de Previdência Social, os tipos de segurados, as espécies de benefícios e quais são os dependentes do segurado-instituidor.

No capítulo 3 são traçados o conceito, as modalidades da reprodução humana assistida e a evolução da engenharia genética para auxiliar no planejamento familiar.

Já no capítulo 4 são tratados o direito do nascituro à pensão por morte, os efeitos sucessórios ocasionados pela reprodução humana assistida *post mortem* e, por fim, seus efeitos na reprodução humana assistida *post mortem* no Direito Previdenciário.

A metodologia aplicada foi a lógico-dedutiva com a utilização dos dados e conteúdos assimilados por meio de pesquisa bibliográfica e vivência jurídico-acadêmica, tendo como marco teórico a obra “Direitos Previdenciários Expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos”, de Marcelo Barroso Lima Brito Campos.



## **2. PREVIDÊNCIA SOCIAL NO RECORDE DOS DEPENDENTES POST MORTEM**

### **2.1 BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

#### **2.2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO**

A humanidade sempre se preocupu com a proteção contra infortúnios. Desde os primórdios os seres humanos vislumbravam a proteção contra intempéries, como a ausência de alimentos, abrigo devido ao frio, etc.

No decorrer dos anos, as sociedades modernas não possuíam plano para proteger as pessoas nos momentos das adversidades, envolvendo a falta de capacidade para o trabalho ou, ainda, a ausência do provedor do lar. Somente no século XVII o Estado passou a assumir uma posição positiva por meio da edição da Lei dos Pobres.

Fábio Zambitte preleciona que a ajuda aos pobres, inicialmente, era desvinculada de justiça, sendo mera caridade:

Até então, a ajuda dos pobres e necessitados aparece como algo desvinculado da ideia de justiça, reproduzindo mera caridade. Na verdade, a situação era ainda mais perversa, pois, muito frequentemente, a pobreza era apresentada como algo necessário, ou mesmo um benefício para as pessoas carentes, pois seria a efetiva garantia de admissão do Reino de Deus, haja vista a situação de extrema pobreza. Ademais, a penúria, não raramente, era apresentada como forma de punição divina, cabendo ao pobre arcar com todas as sequelas de sua condição, pois teria sido uma realidade gerada por sua própria culpa.<sup>1</sup>

Fernando Ribeiro assinala a ideia de que todos estão ligados às políticas de proteção social:

Quando nasce um ser humano, a segurança social logo vem compensar os encargos adicionais dos progenitores. Liberta pai e mãe da vida profissional para prestarem os primeiros cuidados ao recém-nascido, subsidiando-lhes licenças de maternidade e paternidade. Segue apoiando as famílias no esforço educativo posto em cada filho. Ajuda os adultos a enfrentar consequências da doença e do desemprego, fazendo as vezes do rendimento perdido, contribuindo para pagar cuidados de saúde ou subsidiando acções de valorização profissional. Na aposentação por velhice ou invalidez, substitui-se definitivamente aos rendimentos do trabalho. E, na morte, sobrevive-nos, para apoiar os que ainda estejam a nosso cargo.<sup>2</sup>

A proteção social consiste no conjunto de medidas de carácter eminentemente sociais que visam assegurar certas necessidades individuais que, ao não serem atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, ao cabo, na sociedade.

A proteção social no Brasil surgiu com as Santas Casas de Misericórdia, com um viés assistencialista. Posteriormente, em 1543 foi fundada a Vila de Santos.

Em 1793, na Marinha do Brasil foi criado o Plano de Benefícios dos Órfãos e Viúvas de Oficiais e em 1835 o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral).<sup>3</sup>

A primeira Constituição a fazer menção ao termo aposentadoria foi a Constituição da República de 1891. Esse benefício era concedido aos servidores públicos em caso de invalidez, mas não tinha previsão quanto aos demais trabalhadores que não integrassem no serviço público.

Outro ponto importante consiste na ausência de contribuições previdenciárias nessa época, sendo os benefícios em razão da invalidez dos servidores públicos custeados pelo Estado.

Em 1919, foi editado o Decreto 3.724, que previa indenização em caso de acidentes que resultassem em morte ou invalidez.

Essa indenização era custeada pelos empregadores em favor dos empregados e familiares. Demonstra-se claramente que na referida lei estava presente a proteção à família do empregado.<sup>4</sup>

A Lei Eloy Chaves foi o marco inicial da previdência social no Brasil, editada em 24 de janeiro de 1923, Decreto Legislativo 4.682. Criou as caixas de aposentadorias e pensões dos trabalhadores de ferro, custeadas pelas contribuições dos empregados, das empresas e do Estado e organizadas pela empresa.<sup>5</sup> Frise-se que o Estado não era responsável pela gestão dos planos, mas apenas determinava sua criação com base nos procedimentos previstos em Lei.

Castro e Lazzari ressaltam que a Lei Eloy Chaves teve inspiração no modelo alemão de 1883:

De regra, o modelo contemplado na Lei Eloy Chaves se assemelha ao modelo alemão de 1883, em que se identificam três características fundamentais: a obrigatoriedade de participação dos trabalhadores no sistema, sem a qual não seria mera alternativa ao segurado privado; (b) a contribuição ao sistema, devida pelo trabalhador, bem como pelo empregador, ficando o Estado responsável pela regulamentação e supervisão do sistema; e (c) por fim, um rol de prestações definidas em lei, tendentes a proteger o trabalhador em situações de incapacidade temporária, ou em caso de morte do mesmo, assegurando-lhe a subsistência.<sup>6</sup>

Após a edição da Lei Eloy Chaves, outras legislações foram criadas para implementar o sistema previdenciário no Brasil. A Constituição da República de 1988 adotou o sistema da Seguridade Social com o intuito de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.<sup>7</sup>

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, conforme estabelecido pelo artigo 196 da Constituição da República, devendo

seu atendimento se dar de forma gratuita e universal por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>7</sup>

A assistência social consiste no amparo às pessoas que não possuem condições para exercer uma atividade remunerada, sendo disciplinada pela Lei 8.742, Lei Orgânica da Assistência social:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.<sup>8</sup>

A Constituição da República instituiu a previdência social para ser uma técnica de proteção, amparando seus beneficiários contra riscos sociais, tais como morte, invalidez e velhice.<sup>7</sup>

O art. 195 da Constituição da República prevê o financiamento da seguridade social como uma obrigação de toda a sociedade, de forma direta e indireta, por meio de recursos advindos dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e municípios e de contribuições sociais.<sup>7</sup>

O financiamento direto é feito pelas contribuições sociais, quando a pessoa física ou jurídica é designada pelo legislador para figurar no polo passivo da relação de custeio. Já o financiamento indireto é feito via reflexa, ocorrendo nas hipóteses em que aquele que financia, originariamente, não possui a obrigação de contribuir, mas a ele é destinado via dotações orçamentárias.

O art. 154, I da Constituição da República permite a criação de outras fontes, mediante lei complementar, seja para financiar novos benefícios e serviços, seja para manter os já existentes. Além disso, é vedado ao legislador criar ou estender benefício ou serviço ou aumentar seu valor sem que seja instituída fonte de custeio capaz de atender às despesas daí decorrentes.<sup>7</sup>

No modelo de custeio da seguridade social exigiu-se a participação de todos que compõem a sociedade, pois devem colaborar para a cobertura dos riscos provenientes da perda ou redução da capacidade laborativa ou dos meios de subsistência. Por se tratar de uma relação jurídica estatutária, as contribuições previdências são obrigatórias, não possibilitando ao contribuinte efetuar-las ou não.

Além da participação da sociedade, o art. 195 da CR/88 determinou a participação do Estado, que não tem efetivamente uma contribuição social definida, mas participa atribuindo dotações de seu orçamento à seguridade social e ainda é responsável pela eventual cobertura de insuficiências financeiras em razão de pagamentos de benefícios assistências pela previdência social.<sup>7</sup>

As contribuições sociais foram definidas pela Constituição da Republica em seu art. 149, cabendo privativamente à União instituí-las.<sup>7</sup>

As contribuições sociais consistem em valores que, a título de obrigações sociais, os filiados contribuem e que o Estado estabelece para a manutenção e financiamento dos benefícios que outorga. Já o objetivo das contribuições sociais está no financiamento das ações nas áreas da saúde, previdência e assistência social.

O Decreto 3.048 que aprovou o regulamento da Previdência Social elenca as contribuições sociais:

Art. 195. No âmbito federal, o orçamento da seguridade social é composto de receitas provenientes:

I - da União;

II - das contribuições sociais; e III - de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

I - as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados e demais pessoas físicas a seu serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

II - as dos empregadores domésticos, incidentes sobre o salário-de- contribuição dos empregados domésticos a seu serviço;

- III - as dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário-de-contribuição; IV - as das associações desportivas que mantêm equipe de futebol profissional, incidentes sobre a receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos de que participem em todo território nacional em qualquer modalidade desportiva, inclusive jogos internacionais, e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos desportivos;
- V - as incidentes sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural;
- VI - as das empresas, incidentes sobre a receita ou o faturamento e o lucro; e
- VII - as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.<sup>9</sup>

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari tratam de duas espécies distintas de relações provenientes da aplicação da legislação:

No campo do Direito Previdenciário, há sempre relação de uma pessoa – natural ou jurídica – com o ente previdenciário estatal. Contudo, há duas espécies distintas de relações decorrentes da aplicação da legislação previdenciária: a relação de custeio e a relação de prestação. Numa delas, o Estado é credor, noutra, devedor. Na primeira, o Estado impõe coercitivamente a obrigação de que as pessoas consideradas pela norma da Previdência Social – vertam seus aportes, conforme as regras para tanto estabelecidas. Na segunda, o Estado é compelido, também pela lei, à obrigação de dar – pagar benefício – ou de fazer – prestar serviço – aos segurados e dependentes que, preenchendo os requisitos legais para a obtenção do direito, o requeiram.<sup>6</sup>

A sociedade sempre se preocupou em se proteger para os momentos de infortúnios e de fragilidade. No decorrer dos anos, os sistemas previdenciários foram criados para proporcionar às pessoas proteção frente aos riscos sociais inerentes à vida e ao trabalho.

### **2.2.2 SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

A Lei 8.213 especifica o rol de segurados do RGPS, sendo divididos em segurados obrigatórios e facultativos.<sup>10</sup>

Os segurados obrigatórios são aqueles vinculados necessariamente ao sistema previdenciário, sem a possibilidade de exclusão voluntária, sendo subdivididos em cinco classes: empregado, empregado doméstico, avulso, contribuinte individual e segurado especial.<sup>3</sup>

Castro e Lazzari conceituam segurados obrigatórios e facultativos, abordando suas diferenças:

É segurado da Previdência Social nos termos do art. 12 e parágrafos da Lei 8.212/91 e art. 11 e parágrafos da Lei 8.213/91, de forma obrigatória a pessoa física que exerce atividade remunerada efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele que, sem exercer atividade remunerada, se filia facultativa e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer (art. 14 da Lei de Custeio e art. 13 da Lei de Benefícios).<sup>6</sup>

O primeiro a ser tratado pela legislação como segurado obrigatório é o empregado urbano, que de acordo com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em seu art. 3º é “toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.<sup>11</sup>

Para ser considerado empregado, a legislação trabalhista infere que o empregado deve exercer seu mister de forma não eventual, com subordinação, pessoalidade, onerosidade e pessoalidade.

Esmiuçando os requisitos para o enquadramento como empregado, ele deve ser pessoa física, devendo os serviços ser prestados pelo próprio trabalhador (pessoalidade), realizando os serviços permanentemente necessários à atividade do empregador (não eventualidade) e prestando os serviços de forma dirigida ao empregador, o qual exerce o poder diretivo (subordinação). Os serviços prestados devem ser remunerados (onerosidade).

Para fins previdenciários não há distinção entre empregados urbanos e rurais, sendo que tal distinção existia antes do advento da Constituição de 1988.<sup>3</sup>

Outra figura que deve ser tratada é o empregado público, que também é um trabalhador urbano. Em que pese estar vinculado à Administração Pública Indireta, suas contribuições previdenciárias são vertidas ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e seu regramento trabalhista é a CLT. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos conceitua esse tipo de empregado:

Empregados públicos são os agentes públicos que exercem atividade econômica na Administração Pública Indireta – empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas regidas pelo Direito Privado – mediante vínculos em empregos públicos, remunerados pelos cofres públicos ou pelas receitas próprias das pessoas jurídicas a que se vinculam e organizam hierarquicamente na estrutura de uma unidade da federação.<sup>12</sup>

O empregado doméstico também é considerado segurado obrigatório de acordo com a legislação previdenciária, tendo seu conceito descrito no art. 1º da Lei 5.859: “aquele que presta serviços, de natureza não econômica, à pessoa física ou à família, para o âmbito residencial destas”.<sup>13</sup> A Lei Complementar (LC) 150 acrescentou ao referido conceito que a prestação de serviços deve se dar por mais de duas vezes por semana.<sup>14</sup>

O trabalhador avulso é aquele que presta serviços a diversas empresas (sem a fixação a uma fonte tomadora), com a intermediação do sindicato ou do Órgão de Gestão de Mão de Obra.<sup>15</sup>

O Decreto Lei 3.048 define o trabalhador avulso:

VI - como trabalhador avulso - aquele que:

a) sindicalizado ou não, preste serviço de natureza urbana ou rural a diversas empresas, ou equiparados, sem vínculo empregatício, com intermediação obrigatória do órgão gestor de mão de obra, nos termos do disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, ou do sindicato da categoria, assim considerados.<sup>9</sup>

O segurado especial tem definição dada no próprio texto constitucional, no art. 195, § 8º da CR, sendo dado tratamento diferenciado:

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.<sup>7</sup>

O segurado especial é o pequeno produtor rural ou pescador artesanal. A legislação previdenciária, ao definir essa figura, determinava que esse segurado não poderia se utilizar de mão de obra remunerada, ainda que eventual, atuando somente em regime de economia familiar.<sup>3</sup>

O contribuinte individual é conceituado pela Lei 9.876, que agrupou três categorias existentes: empresário, autônomo e equiparado a autônomo.<sup>9</sup>

O empresário é o titular de firma individual urbana ou rural, o diretor não empregado, o membro de conselho de administração em sociedade anônima, o sócio solidário em relação às obrigações da sociedade, o sócio de indústria, o sócio cotista que participe da gestão e receba remuneração decorrente de seu trabalho e empresa urbana ou rural.

O trabalhador autônomo é aquele que não transfere para o terceiro o poder de organização de sua atividade.<sup>15</sup>

O trabalhador autônomo é aquele que exerce, por conta própria, atividade econômica remunerada de natureza urbana, com fins lucrativos ou não, ou, ainda, o que presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego.<sup>6</sup>

Já o segurado facultativo goza de privilegio constitucional de poder se filiar ao sistema previdenciário, desde que seja maior de 16 anos e não esteja vinculado a algum outro regime previdenciário.

Os segurados do Regime Geral de Previdência Social podem usufruir de uma série de benefícios dependendo da sua necessidade.

### **2.2.3 BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

Os benefícios previstos na legislação previdenciária são: aposentadorias programadas ou voluntárias (aposentadoria por idade, aposentadoria especial e aposentadoria por tempo de contribuição, extinta pela EC 103); benefícios por incapacidade laboral (aposentadoria

por incapacidade permanente, auxílio-doença e auxílio-acidente); benefícios de proteção à família (pensão por morte e auxílio reclusão); benefícios de proteção à maternidade (salário-maternidade e salário-família). Têm-se, ainda, os benefícios assistenciais que prescindem de contribuição previdenciária (benefício de prestação continuada ao idoso e ao deficiente).<sup>16</sup>

As aposentadorias programáveis ocorrem quando os segurados atingem os requisitos legais para a concessão desses benefícios, que podem ser a idade mais o tempo ou somente o tempo de contribuição.

A aposentadoria é a proteção por excelência da previdência social, justamente como a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência, assim como daqueles que dele dependem.<sup>6</sup>

O primeiro benefício a ser tratado será a aposentadoria por idade, que sofreu alteração pela Emenda Constitucional 103, uma vez que, antes da reforma previdenciária para a concessão do referido benefício, o homem deveria ter 65 anos de idade e 15 anos de contribuição e a mulher, 60 anos de idade e 15 anos de contribuição. A reforma alterou o requisito etário da mulher para 62 anos de idade e, além disso, alterou a idade mínima para 20 anos, somente para aqueles que se filiarem ao RGPS após a entrada em vigor da EC 103, a partir de 13/11/2019.<sup>16</sup>

No caso da aposentadoria por idade rural, a idade mínima foi reduzida para 60 e 55 anos, para homens e mulheres, respectivamente, devendo ser comprovado 15 anos de contribuição em atividade rural, nos termos do art. 143 da Lei 8.213.<sup>10</sup>

A aposentadoria especial também é uma aposentadoria programável. Sofreu drástica alteração pela Emenda Constitucional 103, uma vez que foi instituída a idade mínima de 60 anos para a concessão do referido benefício, sendo mantidos os 25 anos de trabalho exposto aos agentes físicos, químicos e biológicos, devidamente comprovado pelo Perfil Profissiográfico Previdenciário. Antes da

reforma, não era necessário idade mínima, bastando a comprovação do labor em atividade especial de 25 anos.<sup>16</sup>

A Reforma Previdenciária extinguiu a chamada aposentadoria por tempo de contribuição, pois na vigência da legislação pré-reforma, para se aposentar nessa modalidade bastava ter 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos de contribuição para as mulheres. A partir da Emenda Constitucional 103, somente é concedida a aposentadoria voluntária com o cumprimento da idade e tempo de contribuição mínimos.<sup>16</sup>

Os benefícios de incapacidade laboral têm previsão no art. 201, I da CR, garantindo a proteção contra eventos de doença e invalidez,<sup>7</sup> sendo que a Lei 8.213, que regulamentou o tema após o advento da Constituição de 1988, previa a concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e auxílio acidente.<sup>10</sup>

A EC 103 passou a tratar do tema estabelecendo que os benefícios de incapacidade laboral devem cobrir os eventos de incapacidade temporária e permanente para o trabalho e idade avançada, alterando a nomenclatura do benefício auxílio-doença para auxílio por incapacidade temporária e a aposentadoria por invalidez para aposentadoria por incapacidade permanente, não havendo alteração no benefício auxílio-acidente.<sup>16</sup>

O benefício auxílio por incapacidade temporária tem como requisito principal a incapacidade para o exercício da atividade laboral, devido a doença, acidente ou por prescrição médica, acima do período de 15 dias prescrito em lei.

A aposentadoria por incapacidade permanente consiste na concessão do benefício na hipótese de incapacidade total e permanente para o trabalho após avaliação do perito do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) ou perito médico oficial nomeado pelo juízo competente. Salienta-se que é irrelevante a concessão do benefício auxílio por incapacidade temporária anteriormente à aposentadoria por incapacidade permanente.

O auxílio-acidente é um benefício de caráter indenizatório após sequela deixada por acidente ou doença de qualquer natureza,

incluindo acidente do trabalho e doença ocupacional. Isso porque, após o gozo do benefício auxílio por incapacidade temporária, o segurado que necessitar ser reabilitado para exercer função diversa daquela que exercia antes do afastamento terá direito ao referido benefício. Esse benefício não tem caráter substitutivo de salário, mas pode ser cumulado com este, devendo ser pago até a véspera de qualquer aposentadoria ou caso seja necessária nova concessão do auxílio por incapacidade temporária.

Os benefícios de proteção à família têm como condão principal o risco social, que consiste na incapacidade ou falta do membro da família que era responsável pelo seu sustento e da sua família. Dessa maneira, risco familiar trata-se de situações pelas quais a proteção aos seus entes torna-se mais evidente.

De acordo com o art. 201, V da CR, a pensão por morte visa proteger a família na hipótese de o segurado-instituidor, cônjuge ou companheiro(a) virem a óbito, tratando-se de um benefício de pagamento contínuo que substitui a remuneração do *de cuius*.<sup>7</sup>

A origem da pensão por morte pode ser comum ou acidentária, como bem elucidam Castro e Lazzari:

Quando se trata de falecimento por acidente do trabalho ou doença ocupacional, a pensão por morte é considerada acidentária. Quando o óbito for decorrente de causas diversas é considerada como de origem comum. A diferenciação é importante para definição de competência jurisdicional para a concessão e revisão do benefício (Justiça Federal ou Justiça Estadual) e também para os reflexos que podem gerar, dentre os quais a indenização a ser exigida dos causadores do acidente do trabalho (competência da Justiça do Trabalho).<sup>6</sup>

O art. 16 da Lei 8.213 elenca os dependentes do falecido(a) que terão direito à percepção da pensão por morte, sendo o filho não emancipado menor de 21 anos ou maior de 21 anos inválido;

cônjuge ou companheiro(a) - 1ª classe; os pais (2ª classe) e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (3ª classe), nesses casos, a classe mais próxima excluíra a mais remota.<sup>10</sup>

O Regime Próprio de Previdência Social que trata dos servidores públicos aborda um conceito semelhante ao tratado pelo RGPS, sendo que “a pensão por morte é o benefício previdenciário devido ao conjunto de dependentes do servidor público segurado do RPPS em razão de seu falecimento”.<sup>2</sup>

Já o auxílio reclusão tem previsão legal no art. 80 da Lei 8.213, que será devido aos dependentes do segurado de baixa renda preso em regime fechado que não receber pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência.<sup>10</sup>

As legislações constitucional, trabalhista e previdenciária conferem tratamento protetivo à gestante, uma vez que a protegem contra a dispensa arbitrária desde o descobrimento da gravidez até cinco meses após o parto, de acordo com o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT);<sup>7</sup> a licença-maternidade, de 120 dias, prevista no art. 7º, XVIII da CR;<sup>7</sup> direito a dois intervalos de 30 minutos para o aleitamento materno, art. 396 da CLT.<sup>17</sup>

O salário-família é tratado nos artigos 65 a 70 da Lei 8.213, sendo pago mensalmente aos empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos e aos aposentados que sejam considerados de baixa renda. O pagamento é feito na proporção dos filhos que tiverem até 14 anos ou maiores de 14 anos com deficiência mental ou intelectual.<sup>10</sup>

O art. 203 da CR dispõe sobre os benefícios assistenciais que não necessitam de contribuições previdenciárias, mas que devem ser prestados pelo Estado a quem necessitar.<sup>7</sup> A Lei 8.742 regulamentou o disposto no art. 203 da CR, dispondo que o benefício de prestação continuada deverá ser prestado ao idoso, acima de 65 anos e a pessoa com deficiência, que comprovem renda *per capita* familiar de ¼ do salário mínimo.<sup>8</sup> Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF), na Repercussão Geral no 27, declarou a inconstitucionalidade do

§ 3º do art. 20 da Lei 8.742, no qual a miserabilidade do indivíduo era pautada em renda *per capita* abaixo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo,<sup>8</sup> aplicando o mesmo parâmetro do bolsa família, qual seja, renda *per capita* familiar de  $\frac{1}{2}$  do salário mínimo.<sup>18</sup>

## 2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DEPENDENTES

No Regime Geral de Previdência Social, as Leis 8.212 e 8.213 foram responsáveis por disciplinar o custeio dos benefícios e o plano de benefícios, respectivamente.<sup>10,19</sup>

Os dependentes são as pessoas que possuem vínculo familiar com o falecido, mesmo sem contribuir para o RGPS, fazendo jus aos benefícios pensão por morte e auxílio-reclusão.

Na lição de Wladimir Novaes Martinez:

Dependente é a pessoa economicamente subordinada ao segurado. Com relação a ele é mais próprio falar em estar ou não inscrito ou situação que mantém a relação de dependência ao segurado, adquirindo-a ou perdendo-a, não sendo exatamente um filiado, pois este é o estado de quem exerce atividade remunerada, embora não passe de convenção semântica.<sup>20</sup>

José dos Reis Feijó Coimbra conceitua dependentes:

São beneficiários indiretos e se relacionam com o segurado em razão da dependência econômica, critério este mais abrangente que as vinculações de índole eminentemente familiar e adotado pelo direito previdenciário em razão da finalidade de proteção social.<sup>21</sup>

No tocante ao critério de dependência econômica, o rol de dependentes, em grande medida, diz respeito às relações de parentesco consanguíneo e por afinidade.

O art. 16 da Lei 8.213 elenca o rol de dependentes do segurado:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.<sup>10</sup>

De acordo com o § 1º do art. 16 da Lei 8.213, os dependentes são distribuídos em três classes, pois os dependentes mais próximos excluem os mais remotos:<sup>10</sup>

Classe 1: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

Classe 2: os pais;

Classe 3: o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

No Direito Previdenciário existe uma ordem de vocação entre dependentes para o recebimento do benefício. Inicialmente, devem ser beneficiados os que estão na célula familiar do segurado; depois, não existindo esta, fazem jus os genitores; por fim, seus irmãos ainda menores ou incapazes para prover a sua própria subsistência.

Na classe 1 tem-se o cônjuge - companheiro e companheira - pelo fato de existir uma relação conjugal, afetiva e possuírem dependência econômica presumida.

Antes do advento da CR, a pensão por morte era concedida à mulher e ao homem, somente se fosse inválido, mas o STF admitiu a aplicação da norma constitucional. E foi ainda mais adiante ao entender como devida a concessão da pensão por morte ao cônjuge varão, até mesmo em óbitos ocorridos na vigência da Constituição de 1967, independentemente da comprovação da invalidez, RE 880.521.6,<sup>22</sup>

Na Constituição de 1988, o constituinte equiparou a união estável ao casamento, possibilitando que casais que não fossem casados, mas que vivessem como se casados fossem, pudessem requerer o benefício pensão por morte, na falta de um dos companheiros.

Ocorre que não houve previsão na CR quanto à união estável entre casais homoafetivos, o que gerou diversas ações judiciais para que fossem reconhecidos os direitos previdenciários e sucessórios de casais homoafetivos.

O STF enfrentou esse tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277, reconhecendo que a família pode ser formada a partir da união de pessoas do mesmo sexo.<sup>23</sup>

Nesse novo cenário, a pensão por morte será devida aos cônjuges, companheiros, companheiras independentemente da união estável ou casamento serem de pessoas de sexos opostos ou do mesmo sexo.

O filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave também figura como dependente da 1ª classe, concorrendo em absoluta igualdade de direitos com cônjuges e companheiros.

A lei refere-se a filho de qualquer condição, sendo vedado qualquer tratamento discriminatório aos filhos, com designações por vezes ocorrentes no Direito Civil como filhos adulterinos, ilegítimos, naturais ou incestuosos. As limitações quanto ao reconhecimento dos filhos como dependentes estão contidas no próprio dispositivo, ou seja, são situações das quais se infere a cessação da sua vinculação ao segurado por não mais haver dependência econômica.<sup>21</sup>

O Código Civil prevê que a maioridade civil é alcançada após 18 anos completos, mas a legislação previdenciária estabeleceu que a pensão será paga aos filhos que completem 21 anos, salvos se inválidos.

Houve diversas discussões sobre essa diferença etária, mas na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal (CJF) em 2002 prevaleceu o entendimento de que a lei previdenciária é norma especial em face do Código Civil, devendo prevalecer as normas previstas na Lei 8.213/91.<sup>10</sup>

Nesse prisma, o fato de o filho completar 21 anos indica que já possui capacidade própria para se manter financeiramente, cessando sua dependência econômica em relação aos seus genitores.

A legislação criou um obstáculo para o filho menor de 21 anos perceber o benefício pensão por morte, caso já seja emancipado. As hipóteses de emancipação estão elencadas no art. 5º do Código Civil:

Art. 5 o A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.<sup>24</sup>

A hipótese do inciso V causa preocupação, pois os jovens cada vez mais ingressam no mercado de trabalho com idade inferior a 18 anos, o que por si só já é óbice para usufruir do benefício. Caso o jovem fique desempregado até os 21 anos, pelo fato de já ser emancipado, não poderá requerer o referido benefício.<sup>25</sup>

Para os filhos inválidos ou com deficiência mental ou intelectual grave, o art. 16, I da Lei 8.213 prevê que o benefício será concedido mesmo após ter completado 21 anos, devendo ser comprovado invalidez que o impossibilite para exercer atividade remunerada para prover seu próprio sustento.<sup>10</sup>

De acordo com o art. 8.213, no § 2º do art. 16, são equiparados aos filhos o enteado e o menor tutelado, menores de 21 anos ou inválidos, mediante declaração do segurado.<sup>10</sup>

Sobre a equiparação a filho do menor tutelado e o enteado, Marcelo Barroso Lima Brito de Campos elucida que haverá uma diferenciação referente à dependência econômica:

O § 6º do art. 23 da EC n. 103/2019 coincide com o disposto no art. 16, §2º, da Lei no. 8.213/91, equiparando a filho, para fins de recebimento da pensão por morte, exclusivamente o enteado e o menor tutelado, desde que comprovada a dependência

econômica. Observe que a equiparação feita não é completa, porquanto os filhos têm dependência econômica presumida e os enteados e menores tutelados devem comprová-la.<sup>12</sup>

Na sequência dos estudos dos dependentes do RGPS os pais são elencados como dependentes de classe II.

A diferença crucial entre os dependentes das classes I e II é a dependência econômica. A classe I, a dependência econômica, é presumida; já na classe II deve ser comprovada. Para que os pais tenham direito ao benefício pensão por morte, além da relação de parentesco é necessária a comprovação da dependência econômica em relação ao filho. Por fim, os dependentes da classe III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave. As mesmas ponderações e análises feitas para o filho não emancipado, menor de 21 anos ou maior de 21 anos inválido se aplicam a essa classe.

A diferença é que os filhos são dependentes preferenciais e os irmãos compõem a última das classes de dependentes, sendo que toda a análise feita para os filhos quanto à emancipação, idade e invalidez se aplicam aos irmãos.

### **2.3 DEPENDÊNCIA ECONÔMICA**

O conceito de dependência econômica é um dos assuntos mais polêmicos e dinâmicos no Direito Previdenciário. Para solucionar tal questão será feito um paralelo entre o Direito Civil e o Direito Previdenciário.

Havendo morte de uma pessoa, os direitos sucessórios são transmitidos aos seus herdeiros, de acordo com o art. 1.829 do CCB:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.<sup>24</sup>

Conforme visto anteriormente, o art. 16 da Lei 8.213 estabelece o rol de dependentes do falecido para fins de concessão da pensão por morte, sendo que em classe I têm-se o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; na classe II, os pais; e na classe III, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.<sup>10</sup>

No ponto de vista previdenciário, dependente é a pessoa que está ligada ao segurado por uma sujeição econômica, cujo vínculo é mais abrangente que o resultante dos laços de família do Direito Civil, critério adotado para fins de proteção social.

Em alguns momentos os dependentes descritos na legislação previdenciária coincidem com aqueles absorvidos no Direito Civil, reconhecendo como credores de alimentos a serem prestados pelo segurado, sendo esse critério lógico por se tratar de uma substituição de renda perdida, aquela que o segurado proporcionaria se estivesse vivo.

O direito dos dependentes surge a partir da comprovação simultânea da existência de relação jurídica de vinculação e dependência econômica com o segurado-instituidor.

Os dependentes da classe I possuem dependência econômica presumida, ou seja, basta comprovar o grau de parentesco que estará demonstrada a dependência econômica. Já os dependentes das classes

II e III necessitam demonstrar que o segurado instituidor era o arrimo da família e que eles dependiam dele para prover a sua subsistência.

Durante um tempo prevaleceu tal entendimento quanto à presunção absoluta, mas a análise dos casos concretos exigiu repensar a questão, principalmente quanto ao caso dos que ficaram inválidos após os 21 anos de idade.<sup>26</sup>

Castro e Lazzari discordam dessa vinculação da dependência econômica para todos os dependentes:

Discordamos, contudo, da presente conceituação, visto haver situações previstas em lei nas quais não há necessariamente dependência econômica: por exemplo, mesmo que ambos os cônjuges exerçam atividade remunerada, um é considerado dependente do outro para fins previdenciários, fazendo jus a benefícios, mesmo que auferam ganhos decorrentes de atividade laborativa. É que os critérios de fixação do quadro de dependentes são vários, e não somente o da dependência puramente econômica. São os vínculos familiares, dos quais decorre a solidariedade civil e no direito aos necessitados à provisão da subsistência pelos mais afortunados (CF, art. 229), a nosso ver, o principal critério norteador da fixação da dependência no campo previdenciário. Este critério, em alguns casos, será conjugado com o da necessidade econômica, vale dizer, quando se estende a dependência a pessoas que estão fora da célula familiar básica – cônjuge e filhos. É o caso dos pais do segurado, bem como dos irmãos inválidos ou menores de idade, não emancipados.<sup>6</sup>

De acordo com o art. 16, § 1º da Lei 8.213, os dependentes de uma mesma classe concorrem igualmente entre si, mas os dependentes das classes mais próximas excluem as mais remotas.<sup>10</sup>

A Lei 13.125 instituiu que o cônjuge e companheiro necessitam comprovar que estão casados ou em união estável durante tempo

superior a dois anos até a data do óbito e, ainda, que o falecido tenha vertido 18 contribuições mensais.<sup>27</sup>

No caso do cônjuge, companheiro, companheira e filhos não emancipados, menores de 21 anos ou maiores de 21 anos inválidos, a dependência econômica é presumida, sendo que no ato do requerimento administrativo do benefício, basta comprovar a filiação, casamento ou união estável para ter direito à pensão por morte.

Sobre a filiação, existem a biológica e a afetiva. A filiação biológica é aquela que possui liame de ordem sanguínea entre pais e filhos; já na filiação afetiva inexistente ordem sanguínea, mas o afeto é o elemento que os une.

A filiação socioafetiva toma lugar nos casos de adoção, na reprodução humana assistida heteróloga ou na adoção à brasileira e pelo filho de criação.<sup>28</sup>

O STF, em 2016, no julgamento do RE 898.060, reconheceu que a existência da paternidade socioafetiva não exime o pai biológico de responsabilidade. Na tese firmada, o STF reconheceu a possibilidade de reconhecimento simultâneo de duas pessoas na condição de pai.<sup>29</sup>

A decisão proferida pelo STF tem repercussão apenas na esfera da responsabilidade no âmbito do Direito Civil ou poderá se estender para os demais ramos do Direito, em especial, no Direito Previdenciário?

Castro e Lazzari afirmam que a decisão do STF possibilita que o filho seja dependente do pai biológico e do pai afetivo:

Significa que, se a ordem jurídica construída sob a Constituição de 1988, uma pessoa pode ser considerada como filho ou filha de dois seres humanos de sexo masculino simultaneamente, sendo um na condição de pai biológico e outro na condição de pai socioafetivo, tal reconhecimento se espalha por todas as outras situações contempladas pelo Direito, e não apenas quanto a responsabilidade pai-filho ou os efeitos sob direitos patrimoniais de um em relação ao outro.

Desta forma, entendemos que um mesmo ser humano pode ser dependente, para fins previdenciários, na condição de filho de mais de uma pessoa na qualidade de pai, toda vez que situação semelhante ao do julgamento proferido pelo STF ocorrer – houve um pai biológico e outro, socioafetivo.<sup>6</sup>

De acordo com o art.16, § 2º da Lei 8.213, o enteado e o menor tutelado são equiparados ao filho mediante declaração do segurado, desde que sejam menores de 21 anos ou maiores de 21 anos e inválidos e ainda não possuam condições financeiras para prover o seu próprio sustento.<sup>10</sup>

Os pais também são considerados dependentes do segurado, mas na condição de 2ª classe, ou seja, na falta dos dependentes da classe I mencionados anteriormente, os pais poderão receber a pensão por morte. Para tanto, o filho, antes do óbito, deveria ter sido o arrimo de família, o provedor do lar, não podendo haver o rateio de despesas.

O irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou, ainda, que tenha deficiência grave é considerado dependente da classe III, conforme art. 16, III da Lei 8.213.<sup>10</sup>

Para a análise aplica-se o que foi dito para os filhos, apenas com uma diferença: os filhos são dependentes preferenciais e os irmãos figuram com dependentes da classe III, devendo ser comprovados por perícia médica a invalidez e as deficiências já mencionadas.

As hipóteses de cessação da dependência previdenciária estão descritas no art. 77 da Lei 8.213:

A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará:  
I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo afastamento da deficiência, nos termos do regulamento;

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”;

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

VI - pela perda do direito, na forma do § 1º do art. 74 desta Lei.10

Para o cônjuge, a dependência econômica cessará com a separação de fato, separação judicial ou divórcio, desde que não seja estipulada pensão alimentícia.

No caso do companheiro e companheira, a qualidade de dependente será cessada com o fim da união estável, desde que não seja fixada a pensão alimentícia.

Os filhos, pessoas equiparadas ao filho e irmão, terão a cessação da dependência quando completarem 21 anos de idade, com o casamento e pela emancipação.

Para os dependentes inválidos, a dependência cessará com o fim da invalidez e com a emancipação (exceto colação de grau, art. 114, II da Lei 8.213) e para aqueles com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição.<sup>10</sup>

Por fim, a dependência econômica cessará com o óbito do dependente.

## **2.4 INSCRIÇÃO, FILIAÇÃO E HABILITAÇÃO DE DEPENDENTES**

A inscrição de segurado é o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, por meio da comprovação dos dados pessoais, de acordo com art. 18 do Decreto 3.048.<sup>9</sup>

A inscrição é ato meramente formal, pelo qual o segurado fornece dados necessários para a sua identificação à autarquia previdenciária. Em geral, a filiação ocorre primeiro, sendo a inscrição posterior (excepcionalmente, podem ser simultâneas).<sup>25</sup>

A inscrição dos segurados ocorre de forma diversa para cada categoria, sendo vedada para pessoas com idade inferior a 16 anos.

O empregado tem a sua inscrição feita pelo seu empregador, a partir da formalização do contrato de trabalho pelo sistema de registro contratual eletrônico realizado no e-Social.

Para o trabalhador avulso, sendo portuário, o registro se dará pelo órgão de gestão de mão de obra, caso contrário, pelo sindicato, e também é feito pelo sistema e-Social.

Já para o empregado doméstico, o registro do contrato de trabalho é feito também no e-Social.

O contribuinte individual fará sua inscrição por ato próprio, cadastrando suas informações e reconhecimento da atividade pela cooperativa de trabalho ou pela pessoa jurídica a quem preste serviço, na hipótese de ainda não serem inscritos no RGPS e pelo Microempreendedor Individual (MEI).

O segurado facultativo também fará sua inscrição por ato próprio por meio de cadastramento de informações pessoais que possibilitem a sua identificação.

A inscrição do segurado especial será realizada pelo titular do grupo familiar, pessoa física residente em imóvel rural ou em aglomerado urbano que exerça atividade individualmente ou em regime de economia familiar, na condição de produtor agropecuário, seringueiro ou pescador artesanal. Para tanto, poderá ser exigida a apresentação de documento que comprove o efetivo exercício da atividade declarada, nos termos do art. 18 c/c art. 9º, VII, do Decreto nº 3.048/1999º.

No tocante à inscrição *post mortem*, a legislação previdenciária veda sua realização para os segurados contribuintes individual e facultativo, admitindo-a apenas em relação aos segurados especiais e aos de filiação obrigatória.

Castro e Lazzari criticam veementemente a referida vedação:

Não divergimos da ideia de que é inadmissível a inscrição póstuma de segurado obrigatório facultativo, pois é ato volitivo do próprio indivíduo. Todavia, entendemos que não se pode engessar a possibilidade dos dependentes do segurado falecido em ver reconhecida sua condição, para efeito de recebimento de pensão por morte. A realidade social brasileira, em que grande parte dos trabalhadores exerce atividade em caráter informal, sem o devido recolhimento de contribuições previdenciárias, torna esse grupo de pessoas verdadeiros “não cidadãos”

ante a possibilidade de privação de seus direitos fundamentais sociais.<sup>6</sup>

A filiação é um vínculo jurídico estabelecido pelo segurado e a previdência social. O empregado terá sua filiação no ato de pactuação da prestação de serviço (assinatura da carteira de trabalho) e os contribuintes individual e facultativo, com o pagamento da primeira contribuição previdenciária.

Wladimir Martinez demonstra a diferença entre a inscrição e filiação:

A filiação representa fato pertencente ao mundo material – o trabalho remunerado – e acontece independentemente da vontade do que se filia; a inscrição, embora materializada pela documentação, é ato formal, deflagrado pelo beneficiário. A filiação sucede no universo físico enquanto a inscrição opera-se como a exteriorização jurídica. Como concepção, a filiação é uma condição do trabalhador decorrente do exercício de certas atividades e de disposições legais e a inscrição é um ato material ou real.<sup>20</sup>

A habilitação dos dependentes será promovida no ato do requerimento do benefício a que tiver direito mediante a apresentação de documentação comprobatória, de acordo com o art. 22 do Decreto Lei 3.048.<sup>9</sup>

Para os dependentes preferenciais, filhos e cônjuge deverão apresentar a certidão de nascimento e certidão de casamento, respectivamente. Já para o companheiro e companheira, deverá ser apresentada certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio, quando um dos companheiros ou ambos tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso.

Ainda, o companheiro e companheira deverão apresentar, no mínimo, dois documentos hábeis a comprovar a união estável superior a dois anos.

O filho equiparado deverá apresentar certidão judicial de tutela e, no caso do enteado, certidão de casamento do segurado e de nascimento do dependente, devendo apresentar documentos que comprovem a dependência econômica.

O irmão deverá apresentar certidão de nascimento e também provas a fim de comprovar a dependência econômica.

De acordo com o art. 16, I da Lei 8.213, a dependência econômica do filho maior de 21 anos inválido era presumida, da mesma forma que para o cônjuge/companheiro e filho menor de 21 anos.<sup>10</sup> O STJ, ao julgar o REsp nº 1.618.157, firmou entendimento de que basta comprovar que a invalidez se deu antes do óbito, sendo irrelevante se já havia a maioridade.<sup>29</sup>

A Emenda Constitucional 103 no art. 23, § 5º trouxe uma inovação que é a inscrição do dependente inválido ou com deficiência mental ou grave antes do óbito do segurado, devendo ser feita avaliação biopsicossocial por equipe multiprofissional e interdisciplinar.<sup>17</sup>

Conforme análise feita neste tópico, a legislação previdenciária não incluiu o nascituro no rol de dependentes do RGPS, constando apenas os filhos, o que negligencia flagrantemente o direito do nascituro à percepção de benefício previdenciário no caso do óbito do seu genitor.

## 2.5 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

O nascituro não foi incluído no rol de dependentes para a concessão do benefício pensão por morte, conforme explanado no tópico anterior.

Os alimentos servem para amparar os cônjuges, companheiros e filhos quando surgirem as necessidades e adversidades decorrentes da ausência de possibilidade de prover seu próprio sustento.

O Código Civil no art. 1.694 dispõe que cabe aos familiares prestarem alimentos uns aos outros, devendo ser analisada a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante.<sup>24</sup>

Sílvio Rodrigues conceitua os alimentos:

Alimentos, em Direito denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.<sup>30</sup>

Os alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.<sup>31</sup>

Yussef Said Cahali também sugere o conceito de alimentos:

O conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por

um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.<sup>32</sup>

Para a fixação dos alimentos deve ser observada uma perspectiva solidária, norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social. A obrigação de alimentar também é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar constitucionalmente imposta como diretriz da nossa ordem jurídica.<sup>33</sup>

Dessa forma, a legislação civil esteve silente durante muito tempo sobre a obrigação de prestar alimentos em prol do nascituro. Embora o Código Civil trate dos direitos desde a concepção, não havia previsão específica para a referida tutela.

Para sanar essa ausência de previsão legal, o Senado Federal, por meio do Projeto de Lei 61, passou a discutir a obrigação de prestar alimentos desde a concepção, pautado indubitavelmente no princípio da dignidade da pessoa.<sup>34</sup>

Os alimentos gravídicos consistem nas prestações necessárias para suportar as despesas do nascituro, que se estende da concepção ao parto, sendo que tais alimentos devem abranger os valores suficientes para prover as despesas adicionais no período da gestação.

Em 05/11/2008 entrou em vigor a Lei 11.804 que trata dos alimentos gravídicos, tendo como objeto central os alimentos para a mulher gestante e a forma como será exercido (art. 1º).<sup>35</sup>

Os alimentos gravídicos, segundo o dispositivo legal, devem suprir as despesas adicionais do período de gravidez, que sejam elas decorrentes da concepção ao parto, devendo ser custeadas pelo futuro pai e pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.<sup>35</sup>

Para a atribuição do dever de prestar alimentos ao futuro pai, o magistrado após convencido sobre os indícios de paternidade fixará alimentos até o parto, devendo ser convertidos em pensão alimentícia em prol do menor até que uma das partes solicite a revisão.

O legislador, ao editar a Lei 11.804, utilizou o princípio da dignidade da pessoa humana para proteger o nascituro ante a falta

de recursos para prover suas necessidades básicas, evitando assim o abandono precoce.<sup>35</sup>

Os alimentos gravídicos constituem um instituto do Direito Civil, podendo ser utilizado na hipótese de o segurador-instituidor falecer durante a gestação do filho do casal, uma vez que a legislação previdenciária não prevê concessão de benefício previdenciário nessa hipótese.

Destarte, não seria razoável o nascituro ficar desguarnecido da percepção de benefício previdenciário pensão por morte nessa hipótese por mera falta de disposição na legislação previdenciária, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à previdência social.

## **2.6 DIREITO PREVIDENCIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS**

No ordenamento jurídico pátrio, a principal fonte originária dos principais direitos fundamentais da democracia social é o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é atribuída a qualquer indivíduo, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa.

Para Robert Alexy *et al.* há dois conceitos de dignidade da pessoa humana que se opõem, um absoluto e outro relativo. No absoluto, a dignidade da pessoa humana é uma norma que tem preferência frente às demais normas em todos os casos, não havendo em se falar de ponderação. Já no relativo a dignidade da pessoa humana é um princípio que pode ser ponderado e relativizado na existência de conflitos com outras normas, sendo compatível com a análise da proporcionalidade. Afirma ainda que a concepção relativa é de fato a mais correta, mas que existem outros desdobramentos da dignidade da pessoa humana que se encaminham na direção da concepção absoluta.<sup>36</sup>

Aline Albuquerque e Aléssia Barroso conceituam direitos humanos:

Os direitos humanos, sob a perspectiva legal, referem-se a um sistema de direito positivo, ou seja, ao conjunto de normas que conformam o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), cujos instrumentos principais são: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, ou seja, no Interamericano, Europeu e Africano, há normas e meios de monitoramento próprios. Além desses instrumentos, Organização das Nações Unidas (ONU) conta, atualmente, com sete convenções sobre direitos humanos, que representam a passagem do “homem genérico”, contido na Declaração de 1948, para o “homem específico”, tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que permitem igual tratamento e igual proteção.

[...]

Os direitos humanos são direitos que as pessoas têm tão somente pelo fato de pertencerem à espécie humana, são direitos legalmente assegurados em normativas internacionais, centrados na dignidade humana, que visam à proteção de pessoas ou grupos populacionais, e possuem caráter vinculante para os Estados e agentes estatais, assim como são interdependentes e universais.<sup>37</sup>

Os direitos humanos fundamentais nasceram da fusão de diversas fontes, desde tradições enraizadas nas diversas civilizações até a conjugação de pensamentos filisófico-jurídicos, das idéias advindas

do cristianismo e com o direito natural. Essas fontes convergiram para a necessidade de limitação e o controle do autoritarismo do Estado.

Os direitos fundamentais nascem com a necessidade de inserir no texto legal o mínimo de direitos humanos, constando como uma das previsões obrigatórias a todas as Constituições, promovendo o respeito à dignidade humana, garantindo a limitação do poder do Estado.

Aline Albuquerque e Aléssia Barroso abordam que cabem aos Estados assegurarem os direitos contidos da DUDH, pois tais direitos estão presentes no direito costumeiro internacional:

[...] a Declaração Universal de Direitos Humanos alcançou um *status* jurídico, moral e político não imaginado pelos seus elaboradores. Com efeito, vários de suas proposições passaram fazer do direito costumeiro internacional, que é viuculante para todos os Estados, de acordo com posições sustentadas em tribunais internacionais, manifestação de organizações não governamentais e teorias jurídicas. Em 1969, o Instituto de Direito Internacional manifestou-se no sentido de que é uma obrigação dos Estados assegurar os direitos humanos decorrentes da DUDH e da Carta da ONU e o mesmo Instituto, em 1984, assentou que alguns ou todos os direitos da DUDH são regras integrantes do direito costumeiro internacional.<sup>37</sup>

A Constituição de 1988 foi a primeira a especificar a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado, consagrando um universo de princípios a reger o Estado no que concerne a questões dos direitos humanos, introduzindo um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais.<sup>38</sup>

O art. 1º, III da CR apresenta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, assumindo o compromisso com a concepção contemporânea dos direitos humanos,

institucionalizando-os e tratando de forma universal, indivisível e igualitária tanto os direitos individuais como os direitos sociais.<sup>7</sup>

O art. 6º da CR define quais são os direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.<sup>7</sup>

O artigo supracitado transcreve a dimensão das garantias dos direitos sociais como liberdades positivas frente ao Estado, cujo objetivo central é a proteção global do ser humano, na qual a previdência social está inserida, sendo uma proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Nesse prisma, verifica-se o vínculo entre a proteção dos direitos sociais da CR e a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.<sup>39</sup>

Os direitos sociais podem ser caracterizados como direitos de defesa ou direitos prestacionais. O direito de defesa consiste no impedimento frente ao Estado para que não adentre na esfera da liberdade do cidadão. Já os direitos prestacionais exigem uma ação positiva do Estado.<sup>40</sup>

A seguridade social tem como objetivo central garantir proteção a toda a sociedade nos âmbitos da saúde, assistência social e previdência. Esse plano visa proteger toda a coletividade, assegurando o mínimo de dignidade na saúde, sendo prestada de forma universal e gratuita sem qualquer distinção no âmbito da assistência social, atendendo aos mais necessitados e incapazes de prover a sua própria subsistência e a previdência social, que visa proteger os segurados de situações de riscos sociais, tais como: idade, invalidez e doença, proporcionando benefícios previdenciários ao próprio segurado e aos seus dependentes.

A previdência social, entre os institutos da seguridade social, é o único que necessita de contribuição por parte de seus segurados, uma vez que se trata de um sistema contributivo obrigatório. Mais do que um sistema de transferência de renda, é um sistema que viabiliza a manutenção das necessidades básicas do segurado e dos seus

dependentes em caso de contingências, preservando a dignidade da pessoa humana.<sup>41</sup>

A previdência social é um direito de segunda dimensão, um direito fundamental do indivíduo que visa à proteção contra os denominados riscos sociais. Tais riscos abrangem a morte, idade avançada e doenças que impossibilitam o segurado e seus dependentes a proverem seu próprio sustento.

Os Direitos Humanos revelam-se como um direito de proteção marcado por uma lógica própria e voltado para a proteção dos direitos da pessoa humana e não dos estados, compreendendo a necessidade de combater as injustiças sociais, objetivando a consolidação da dignidade da pessoa humana.<sup>42</sup>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidação foi o marco inicial para a ligação dos direitos humanos e previdenciário, haja vista a ordem internacional de respeito e proteção à dignidade humana de forma universal cujo fundamento é a tutela dos direitos humanos, e a condição de ser humano é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos.<sup>42</sup>

### **3. AS FACETAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL**

#### **3.1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O DESAFIO DO PROJETO PARENTAL**

Em 1776, o abade naturalista Lazzaro Spallanzani realizou a primeira inseminação artificial em uma cadela, nascendo três crias. Por volta do ano 1790 houve o início das investigações sobre as inseminações artificiais na espécie humana, baseadas nas formas utilizadas para a reprodução bovina. Já em 1778 Heller afirmou que os espermatozoides se encontram em líquido no testículo.<sup>43</sup>

Em 1886, o cientista Mantegazza propôs a criação de um banco de sêmen congelado, sendo que em 1889 o cientista Dickinson teria conseguido realizar uma inseminação artificial com sêmen de doador.<sup>44</sup>

A primeira transferência de ovo fertilizado e congelado ocorreu em 1947, sendo que após 10 anos foram apresentadas provas inequívocas do sucesso da fertilização *in vitro*, a partir de técnicas aplicadas em coelhas.<sup>43</sup>

O médico Robert Geoffrey Edwards, em 1969, realizou um procedimento para obter embriões e tornar a fertilização *in vitro* um procedimento mais seguro e correto, utilizando as células germinais humanas em seu melhor momento de maturação. Já em 1971, o Dr. Edwards, juntamente com Steptoe, Taylor e Collins, desenvolveram um tratamento hormonal a fim de obterem maior número de óvulos, o que criava mais êxito na fertilização *in vitro*.<sup>45</sup>

O primeiro bebê concedido por meio de inseminação artificial de gametas dos seus pais ocorreu em 1978, na cidade de Oldham, Inglaterra, a partir do trabalho dos pesquisadores britânicos Drs. Patrick Steptoe e Robert Edwards.<sup>46</sup>

No Brasil há relatos de que o procedimento de fertilização *in vitro* tenha se iniciado na década de 80 com as equipes dos médicos Drs.

Nilton Donadio e Milton Nakamura, sendo este último o responsável pelo nascimento da primeira criança nascida por meio da fertilização *in vitro* em 07/10/1984.<sup>47</sup>

A fertilização ou fecundação é o processo pelo qual um gameta masculino perfura as membranas lipoproteicas do gameta feminino e, associado a este, forma uma célula diploide, o zigoto, que em instantes inicia seu processo de divisão celular. Isso configura o desenvolvimento do embrião.<sup>48</sup>

Ao ocorrer a fecundação, ou seja, quando o espermatozoide penetra o óvulo, há perda de sua própria autonomia, dando lugar a um novo sistema, que por sua vez possui uma nova identidade biológica e leva, gravado em si mesmo, um novo programa completo e individualizado, estritamente seu, com uma teleologia que é própria. Esse sistema, com um patrimônio genético próprio e exclusivo da espécie humana, individualiza o recém-concebido com características que lhe são próprias, constituindo uma autêntica novidade. Cada ser humano que habita o planeta é único e não se repetirá.<sup>49</sup>

Esse processo natural de fecundação não ocorrerá caso haja a esterilidade ou a infertilidade.

A esterilidade é a impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. Estéril se constitui o matrimônio ou casal que, depois de um ano de relacionamento sexual com adequada frequência e sem qualquer medida contraceptiva, não consegue a gravidez. A infertilidade é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possíveis a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade.<sup>43</sup>

A infertilidade pode ser feminina ou masculina. A feminina pode se dar devido a fatores hormonais, alterações anatômicas no útero e nas trompas de falópio, endometriose. A masculina é mais complexa de ser determinada e é considerada de difícil tratamento. Isso ocorre por não estar vinculada a uma única causa. Pode originar de fatores relativos a sexualidade, virilização e efeitos externos, sendo estes últimos fatores como idade, peso, exposição a fatores tóxicos e doenças sistêmicas.<sup>50</sup>

A análise da infertilidade abrange diversos aspectos que não estão apenas ligados à Medicina. A reprodução humana assistida teve início com a inseminação artificial, e no decorrer dos anos outras modalidades ganharam espaço e conseguiram resolver casos de infertilidade de pessoas que almejavam ter filhos e não conseguiam pelo método natural.<sup>51</sup>

A gestação sempre foi entendida como algo natural, sem qualquer intervenção da Ciência para o seu acontecimento. Com o passar dos anos, a Ciência passou a identificar os motivos pelos quais alguns casais não conseguiam ter filhos, surgindo a fecundação humana medicamente assistida.

A fecundação humana sempre foi tratada como a junção mais forte do casal, mas, com a infertilidade, o corpo médico passou a participar ativamente desse processo, utilizando as técnicas de reprodução humana assistida, sendo configurada uma verdadeira revolução biológica, ética e social.<sup>43</sup> Com o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida os casais inférteis possuem uma gama de técnicas para sanar o problema da infertilidade.

As técnicas de reprodução humana assistida, na lição de Guilherme Gama, podem ser classificadas em:

- 1 - Inseminação artificial, de fertilização *in vitro* que envolvam apenas o material fecundante do casal;
- 2 - inseminação artificial, de fertilização *in vitro* e outras que envolvam o material fecundante de apenas um dos cônjuges ou companheiros;
- 3 - transferência de embriões de terceiros, não contando com qualquer contribuição dos cônjuges ou companheiros no que toca ao material genético da futura criança;
- 4 - maternidade de substituição, que envolve a gravidez por outra mulher que não aquela desejosa de ter um filho.<sup>52</sup>

Além disso, as técnicas de reprodução humana assistida podem ser tratadas de duas formas: *in vivo*, quando a fertilização ocorrer dentro do útero materno; e *in vitro*, feita em laboratório com a união dos gametas femininos e masculinos.

A reprodução humana assistida homóloga ocorre sempre que existir um casal na iniciativa da procriação, e o sêmen provém do varão. Na reprodução humana assistida heteróloga, o cônjuge ou o companheiro não produz espermatozoides suficientes para que ocorra a fertilização, daí será necessário recorrer a espermatozoides em um banco de sêmen.<sup>43</sup>

A inseminação artificial intraconjugal (IAC) consiste no depósito do espermatozoide na vagina, no colo do útero ou no próprio útero, sendo indicado nos casos de anomalias masculinas, como disfunções sexuais que impedem a ejaculação em local adequado, anomalias de plasma seminal (escassez ou excesso de volume de espermatozoide) ou na impossibilidade de fertilidade pelos tratamentos esterilizantes (vasectomia, cirurgias, esterilizações por radioterapias e quimioterapias).<sup>43</sup>

A inseminação artificial por sêmen de doador (IAD) também é utilizada devido à infertilidade masculina por anomalias masculinas que o impossibilitam de produzir espermatozoides capazes de fecundar e no caso de o homem estar acometido de *acquired immunodeficiency syndrome* (AIDS).

A fertilização *in vitro*, denominada FIVETE, consiste na retirada de um ou vários óvulos da mulher para serem juntados aos espermatozoides, ocasionando a formação do embrião, que deverá ser transferido para o útero ou para a trompas de falópio.<sup>53</sup>

Fazem parte do rol das técnicas a transferência intratubária de gametas (GIFT), que corresponde à transferência de ambos os gametas (oócitos e espermatozoides) para as tubas uterinas; as técnicas de micromanipulação (tecnologia que permite procedimentos micro-operatórios realizados em espermatozoides, oócitos, zigotos ou embriões) para a fertilização assistida; e a injeção intracitoplasmática

de espermatozoide, procedimento no qual um único espermatozoide é injetado no citoplasma do ócito.<sup>51</sup>

A impossibilidade de a mulher gerar por motivos que a impeçam de obter óvulos, como nos casos de distúrbios do crescimento folicular, ausência de ovários, impossibilidade de abordagem do ovário por meio de cirurgia ou por uma anomalia hereditária, poderá receber o óvulo de uma doadora. Os óvulos coletados serão fecundados com o espermatozoide do cônjuge ou companheiro da receptora, possibilitando gerar uma criança que não terá herança genética com a mulher-receptora, mas receberá todas as informações emocionais e afetivas durante a gestação.<sup>43</sup>

Outra questão a ser abordada é o empréstimo de útero que ocorre nos casos de a pretensa mãe não reunir condições para gerar o bebê em seu ventre. Nesse procedimento têm-se três determinações de maternidade: a mulher que cedeu o óvulo; a mulher a quem o nascido se destina; e a terceira mulher, que surge como doadora.<sup>54</sup>

Na primeira hipótese, a mãe substituta será inseminada com o espermatozoide do marido da mulher impossibilitada de conceber, devendo doar óvulo para ser inseminado e desenvolver a gravidez em seu ventre. A mãe portadora, segunda hipótese, irá gestar o embrião fecundado *in vitro* com material genético do casal solicitante. Na última hipótese, o casal solicitante necessitará de uma doadora dos óvulos e de uma mãe portadora, sendo que, nesse caso, tem-se a figura de três mães, a biológica (doadora dos óvulos), a mãe portadora (que carregara a criança no ventre) e a mãe que ficará com a criança.<sup>43</sup>

Nesse contexto da reprodução humana assistida destaca-se o livre planejamento familiar, que nada mais é do que o direito de decidir se, quando e quantos filhos ter. É um direito conquistado pelos movimentos sociais, especialmente pelos movimentos de mulheres que questionaram seus papéis sociais de reprodutora, buscando autonomia sobre seu próprio corpo, e conseguiram a legitimação do direito à concepção.<sup>55</sup> A concepção dos filhos deixou de ser uma obrigação imposta pela sociedade, sendo transformada em uma opção dos pais no planejamento familiar.

O § 7º do artigo 226 da Constituição da República estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal:

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>7</sup>

O art. 2º da Lei 9.263 dispõe sobre o conceito de planejamento familiar:

Para fins desta Lei, entende-se 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>56</sup>

Nessa liberdade no planejamento familiar nasce a perspectiva da formação de novas famílias, não mais aceito o conceito da família tradicional, constituída por homem e mulher, mas sendo admitido casais homossexuais, família monoparental e famílias poliafetivas.

O desejo de ter filhos e a impossibilidade de tê-los, caracterizado pelo meio médico como infertilidade, instigou a Biomedicina a buscar alternativas para que os casais pudessem realizar o sonho de ter filhos. A partir do avanço tecnológico surgiram diversas técnicas de reprodução humana assistida, possibilitando a autonomia nas escolhas reprodutivas ocasionando novas experiências sociais no que diz respeito a família e filiação.

O Código Civil de 1916 adotou o tradicional conceito de filiação como sendo a maternidade e paternidade biológicas, consagrando a máxima *mater sempre certa est e pater is est* (mãe sempre certa, pai é aquele que as núpcias demonstram). A atribuição do estado de filiação tinha o interesse de perpetuar que somente era filho aquele concebido na constância do casamento, não podendo ser reconhecido como filho o advindo de adultério ou de incesto.<sup>22</sup>

A Constituição da República no § 6º do art. 227 equiparou os filhos havidos fora da relação conjugal aos filhos durante o casamento, proibindo qualquer forma de discriminação.<sup>7</sup>

Nesse cenário de transformações acerca da filiação, a reprodução humana assistida aprofundou as discussões sobre a filiação biológica, pois, como já visto, é permitida no Brasil a gestação de um óvulo fecundado *in vitro* em uma mãe receptora, que apenas irá gerar o filho e o entregará à mãe solicitante, ou ainda a doação do sêmen masculino na reprodução humana assistida heteróloga.

Diante das proposições, é inegável que a reprodução humana assistida possibilita que as diversas famílias consigam implementar o planejamento familiar, sendo esse ato volitivo do casal, podendo ser utilizadas diversas técnicas médicas lícitas para a sua efetivação.

### **3.2 PERCURSO BIOLÓGICO ENTRE MATERIAL GENÉTICO, EMBRIÃO E NASCITURO**

O organismo humano é composto de duas classes de células, quais sejam: as somáticas e as germinais. As células somáticas são todas as células corporais não pertencentes às germinais. Já as células germinais são as relacionadas à formação de gametas - células responsáveis pela reprodução no homem de espermatozoides e, na mulher, do óvulo. As células germinais possuem em seu núcleo a metade do número de cromossomos existentes nas células somáticas, apenas 23.<sup>43</sup>

A reprodução humana natural se dá pela fecundação interna e pela fusão das células germinais resultando o zigoto ou ovo. O zigoto formado pela metade dos cromossomos masculinos e femininos passa a constituir uma diferente combinação de cromossomos que os discerne de seus pais, ou seja, passa a ter seu ácido desoxinucleico (DNA) próprio.<sup>48</sup>

Embrião é o termo mais utilizado para descrever o primeiro estágio do desenvolvimento celular após a concepção, sendo que podem se referir às células já fecundadas que se encontram fora do útero materno, seja porque a fertilização ocorreu por métodos artificiais (*in vitro*) ou porque o aglomerado celular formado a partir da fertilização *in vivo* ainda não alcançou o útero materno. A concepção *in vivo* se dá nas trompas de falópio e não no útero, pois somente após 14 dias contados da concepção é que as células se fixam no útero materno, ocorrendo a nidação.<sup>57</sup>

O embrião humano é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição específica própria e de ser gerado por um casal humano a partir de gametas humanos -espermatozoide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas as suas características pessoais fundamentais, como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.<sup>58</sup>

A Lei 11.105, denominada Lei de Biossegurança, dispõe sobre a proteção dos embriões na hipótese de sua utilização em pesquisas de células-tronco:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

- I – sejam embriões inviáveis; ou
- II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.<sup>59</sup>

No mesmo artigo é ressalvado que a pesquisa somente será permitida com o consentimento dos genitores.

Outro ponto salutar é a vedação expressa da comercialização do material biológico, sendo tipificado como crime, Lei 9.434, art. 15:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias- multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.<sup>60</sup>

A comercialização é vedada, configurando crime, mas a sua doação é permitida.

A doação de óvulos se transformou em um dos baluartes para o tratamento da infertilidade. Não só possibilitando resultados satisfatórios em mulheres que não conseguiam engravidar com seus próprios óvulos, mas também se tornou uma ferramenta importante para o estudo de vários aspectos da reprodução medicamente assistida.

Para que ocorra a doação, em primeiro lugar deve se dar de forma anônima; a idade máxima da doadora é de 35 anos; não poderá haver duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 milhão de habitantes, sendo permitido que a mesma doadora possa contribuir com quantas gestações possíveis em uma mesma família; a escolha da doadora é de responsabilidade do médico assistente; não é

permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe participar como doadores.<sup>61</sup>

A doação de óvulos ajuda as mulheres com dificuldades em produzi-los, bem como àquelas que pararam o ovular ou perderam a capacidade de procriar. Os óvulos doados serão fecundados com o esperma do cônjuge da receptora, conferindo-lhe condições de gerar uma criança, que embora não tenha o seu material genético, será abrigada em seu ventre.<sup>43</sup>

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução 2.168, capítulo IV, item 1, infere que a doação não pode ter caráter lucrativo, não pode haver conhecimento mútuo entre doadores e receptores e a idade máxima para a doações é de 35 ano para a mulher e 50 anos para o homem.<sup>62</sup>

A criopreservação consiste no congelamento do óvulo, espermatozoide e do embrião, a fim de potencializar a gravidez caso haja a necessidade de um tratamento de fertilização *in vitro*. Nesse caso é feita a opção pelo congelamento dos materiais genéticos, podendo ser utilizado posteriormente.

Independentemente se a fecundação ocorrer por meios naturais ou pela reprodução humana assistida, após o seu processo inicial tem-se o nascituro. No Direito, geralmente se usa o termo nascituro para o ser concebido, mas que ainda não nasceu, não importando a fase ou o estágio da gravidez.

José Jairo Gomes aborda o conceito de nascituro:

Nascituro é o nome dado ao ser humano já concebido, mas que ainda não nasceu, encontrando-se em desenvolvimento no útero materno. Em outros termos, o nascituro é o produto da concepção visto em qualquer das fases assinaladas, isto é, considerado como ovo, embrião ou feto. Trata-se de pessoa humana em formação, e, como tal, deve ter respeitada a dignidade que lhe é inerente.<sup>63</sup>

Na doutrina há uma distinção entre o momento da fecundação e a concepção. A fecundação ocorre quando há a junção entre o espermatozoide e o óvulo e a concepção se dá quando o embrião é implantado no corpo da mulher, sendo a concepção o sinônimo de nidação, marco inicial do nascituro.<sup>64</sup>

### **3.3 AS ESPÉCIES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

As técnicas de reprodução humana assistida somente obtiveram êxito com o avanço das áreas de Medicina, Biologia, Biomedicina e Tecnologia.

Com o advento das referidas técnicas, houve quebra de paradigmas sobre a procriação humana, uma vez que apenas havia a concepção por meio do método natural, a relação sexual.

A técnica de reprodução humana assistida consiste no conjunto de técnicas que possibilitam a fecundação humana por meio de manipulação de materiais genéticos, com o propósito de combater a infertilidade e proporcionar o nascimento de um novo ser humano.<sup>65</sup>

O anseio em ter filhos permeia toda a humanidade, estando presente até no texto sagrado, onde em uma das passagens, no livro de Gênesis, Deus após criar o homem e mulher disse para eles serem fecundos e povoarem a Terra.

A Engenharia Genética impulsionou o avanço na leitura e manipulação do código genético e tornou possível a evolução da reprodução humana assistida, sendo possível superar a esterilidade.<sup>66</sup>

Pelo fato de a reprodução humana ser considerada o elo mais íntimo de um casal, a reprodução humana assistida amplia esse ambiente de intimidade, possibilitando a realização do projeto parental com uma nova órbita para o conceito biológico de procriação.

A inseminação artificial diz respeito a uma técnica científica de transportar o espermatozoide ao encontro do óvulo, sem a necessidade da relação sexual.

Para que a reprodução humana assistida seja exitosa, são necessários: utilização diária de drogas injetáveis para a indução da superovulação; acompanhamento do desenvolvimento folicular; captação ovular; a transferência dos embriões; e a fase lútea.<sup>67</sup>

A reprodução humana assistida homóloga ocorre quando o material genético pertence ao casal - o óvulo da mãe e o espermatozoide do pai -, sendo que o material genético será coincidente aos dos genitores. Na hipótese de pelo menos um dos materiais genéticos ser de um terceiro não integrante do projeto parental, tem-se a reprodução humana assistida heteróloga.

Rolf Madaleno assim conceitua as referidas modalidades:

A reprodução artificial é considerada homóloga quando, para efeito de presunção de paternidade, é realizada com sêmen do próprio marido ou companheiro, e heteróloga quando utiliza o esperma de um doador através do banco de sêmen.<sup>68</sup>

A reprodução humana assistida pode se valer de modalidades distintas em seus aspectos morais, sociais e jurídicos, pois a reprodução pode ser homóloga intraconjugal ou homofecundação e, ainda, a reprodução heteróloga, extraconjugal ou heterofecundação.<sup>69</sup> Na resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) há previsão de gestação compartilhada em união estável homoafetiva feminina, cujo embrião obtido a partir de uma mulher é transferido para o útero da outra (capítulo II, item 3, Resolução 2.168).<sup>62</sup>

A reprodução humana assistida *post mortem* está prevista na resolução do Conselho Federal de Medicina no 2.168, que a permite desde que haja prévia autorização do falecido para o uso do material genético criopreservado.<sup>65</sup>

#### VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM*

É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica

do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.<sup>62</sup>

Para que a reprodução humana assistida *post mortem* seja viável, é necessário que os embriões sejam criopreservados para que o cônjuge tenha a opção de utilizá-los ou não. Não basta apenas o congelamento do material genético, mas uma prévia autorização para a sua utilização em caso de divórcio, doenças graves e falecimento (Capítulo V, item 3, Resolução 2.168).<sup>62</sup>

Na Lei de Biossegurança, 11.105, há previsão expressa sobre uso de embriões congelados:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições.<sup>59</sup>

Os doadores do material genético devem ter sua identidade mantida em sigilo, de acordo com a Resolução CFM 2.168, item 4 do capítulo IV:

Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).<sup>62</sup>

Para a adoção dos procedimentos da reprodução humana assistida, o consentimento livre e esclarecido é obrigatório, de acordo com a Resolução 2.168, capítulo 1, item 4:

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.<sup>62</sup>

Outro ponto importante é o prazo para descarte dos embriões preservados. Em 1984, o Relatório Warnok propôs um prazo limite de 10 anos, revisto por 21 países da Europa Ocidental em 1986, restringindo para três anos.<sup>61</sup>

No Brasil, o prazo adotado para o descarte dos embriões excedentes é de três anos, conforme o Capítulo 5, item 4 da Resolução 2.168 do CFM.<sup>62</sup>

Maria de Fátima e Bruno Torquato esclarecem que as resoluções do CFM autorizam o descarte de embriões:

Três itens determinados na Resolução CFM 1957/2010 foram recepcionados pela Resolução CFM 2013/2013, com pequenas modificações, e repetidas na Resolução CFM 2.121/2015. Em síntese: as clínicas podem criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos; os pacientes terão ciência do número total dos embriões produzidos em laboratório e decidirão quantos deles serão transferidos a fresco, criopreservando-se os excedentes viáveis; quando da criopreservação, os pacientes, expressarão sua vontade quanto ao destino dos embriões, seja para doá-los, ou em caso de divórcio, doença grave e falecimento.<sup>65</sup>

O Código Civil, no art. 1.597, tratou sobre a reprodução humana assistida *post mortem* homóloga e heteróloga:

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>24</sup>

A legislação civil definiu que os filhos nascidos por intermédio de reprodução humana assistida homóloga, homóloga *post mortem* e heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido, serão considerados filhos do casal.<sup>67</sup>

A questão da prévia autorização do marido para a realização da reprodução humana assistida *post mortem* está sendo discutida no Congresso Nacional, por meio do Projeto de Lei 1.851/2022, de autoria da Senadora Mara Gabrilli.

A discussão consiste na prévia autorização para que a reprodução humana assistida *post mortem* (RHA) seja feita. De acordo com o projeto, não haveria a obrigatoriedade da prévia autorização:

Art. 1.597

§ 1º A implantação de embriões do casal que se submeteu conjuntamente à técnica de reprodução assistida é permitida ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, independentemente da autorização

prévia expressa do cônjuge ou companheiro falecido, cabendo disposição em sentido contrário quando da formalização do consentimento no momento em que se submeter às técnicas de reprodução assistida, ou posteriormente, mediante qualquer outro documento formal que explicita essa manifestação de vontade, inclusive no seu testamento. § 2º As clínicas médicas, centros ou serviços responsáveis pela aplicação de técnicas de reprodução assistida deverão indagar ao cônjuge ou companheiro, na oportunidade em que for documentada a sua autorização para participar de técnicas de reprodução assistida, se discorda quanto ao uso desse material para a fecundação artificial ou implantação de embriões após a sua morte, registrando a sua manifestação de vontade no mesmo documento (NR).<sup>24</sup>

A autorização prévia para a RHA *post mortem* é tratada na Resolução 2.294/2021 do CFM, uma norma deontológica, sem haver previsão no Código Civil. A aprovação do Projeto de Lei 1.851/2022 sanaria a omissão legislativa e traria maior segurança jurídica para as pessoas que recorrem a RHA para a consecução do projeto parental.<sup>70,71</sup>

## **4. O DIREITO À PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

### **4.1 O DIREITO DO NASCITURO À CONCESSÃO DA PENSÃO POR MORTE**

A proteção ao nascituro está intimamente ligada ao direito à vida. O art. 5º da Constituição da República dispõe sobre a proteção elementar ao direito à vida, desde a sua concepção até a uma vida digna.<sup>7</sup>

O direito à vida é inerente ao ser humano desde a sua concepção até a sua morte. O nascituro pode ser conceituado como fruto da concepção antes do nascimento. Já no Direito comumente é tratado como a pessoa que está por nascer, ou seja, trata-se de pessoa humana em formação, e, como tal, deve ter sua dignidade respeitada.

Na concepção de Maria Helena Diniz, o nascituro é: “Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. [...], alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida”.<sup>72</sup>

Outra questão relevante consiste na diferenciação da vida intra e extrauterina.

A fecundação pode ocorrer pela via natural que se dá pela relação sexual entre homem e mulher ou pela via artificial, pela denominada reprodução humana assistida.

O nascituro é a pessoa por nascer, concebida no ventre materno, já a fecundação *in vitro* é realizada em laboratório, havendo a necessidade da implantação do pré-embrião para que se desenvolva, a menos que se criopreserve.<sup>73</sup>

Nesse âmbito, caso o embrião seja gerado pelos meios naturais ou pela reprodução humana assistida, sendo implantado no útero será denominado nascituro. Em relação ao embrião extrauterino, que não foi implantado no útero materno e permanece em ambiente externo, não é considerado nascituro, apenas embrião criopreservado.

Cabe ressaltar que desde a fecundação existe um novo indivíduo da espécie humana, com identidade genética própria, cujo organismo se desenvolve de forma autônoma, coordenada, contínua e gradualmente, de acordo com a lei ontogenética e um plano unificador inerente, em um processo vital sem brechas, que se estende pela fase pós-natal até o óbito.<sup>74</sup>

O artigo 2º do Código Civil manteve *ipsis litteris* o que constava no art. 4º do Código Civil de 1916<sup>24</sup> acerca do início da personalidade jurídica da pessoa natural: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.<sup>22</sup>

Para tentar dirimir a controvérsia quanto ao início da personalidade jurídica da pessoa natural, a doutrina elaborou três teorias: Teoria Concepcionista, Teoria Natalista e Teoria da Personalidade Condicional.

Segundo a Teoria Concepcionista, o marco inicial da personalidade do ser humano é a concepção, antes do nascimento com vida, existindo direitos do nascituro que não possuem relação com o seu nascimento, como, por exemplo, o direito de ser reconhecido como filho.

Silmara Chinelato aborda essa questão:

Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui a transmissibilidade.<sup>73</sup>

A referida teoria defende que a personalidade da pessoa surge desde a sua concepção, ou seja, ao nascituro são garantidos todos os direitos, sendo que alguns dependem do nascimento com vida.

Nesse quadro, indaga-se: iniciando a personalidade somente com o nascimento, como se pode falar em direitos do nascituro se este não possui aptidão genérica para aquisição de direitos de personalidade?

Solução pertinente é sugerida por Tércio Sampaio Ferraz Jr., segundo o qual a noção de sujeito de direito é mais abrangente que a de pessoa.<sup>75</sup> Ao sujeito se atribuem normas que conferem direitos e deveres, e pode ser uma pessoa, natural ou jurídica ou um patrimônio ou o nascituro:

[...] Por fim, a noção de sujeito jurídico. Ela não se deixa explicar pelo conceito de papel social. É mais abrangente do que o de pessoa física ou jurídica. Toda pessoa física ou jurídica é um sujeito jurídico. A recíproca, porém, não é verdadeira. A herança jacente, os bens ainda em inventário, é (*sic*) sujeito de direito, mas não é pessoa (*sic*). O sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Esse ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, mas também um patrimônio. A ela se atribuem, nele convergem normas que conferem direitos e deveres. Fala-se assim em sujeito ativo (de um direito subjetivo) e em sujeito passivo (de uma obrigação).<sup>76</sup>

Sendo assim, para essa teoria a personalidade tem início na concepção e após o nascimento, pois existem direitos do nascituro que não possuem relação com o nascimento, por exemplo, o reconhecimento do filho ou, ainda, os alimentos gravídicos.

A teoria natalista baseia-se na interpretação literal e simplificada da lei, descrevendo que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, inexistindo quaisquer expectativas de direitos antes dela.

O fundamento está no disposto do artigo 2º do Código Civil, segundo o qual a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida.<sup>24</sup>

O nascituro não é uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial sujeito, objeto e relação jurídica, mas, se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há que se falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.<sup>76</sup>

O Direito brasileiro teoricamente adotou a teoria natalista. Sendo assim, nosso ordenamento jurídico estabelece como condição que o feto nasça com vida, isto é, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, e que se prove o fato ocorrido para que seja reconhecido pelo Direito.

A teoria natalista é a corrente que prevalece entre os autores clássicos do Direito Civil, pois é exigido, para tanto, o nascimento com vida. Assim, tal sujeito teria apenas mera expectativa de direito, a qual se concretiza no momento em que ele respira fora do ventre materno.

O Código Civil, na segunda parte do artigo 2º do Código Civil, dispõe expressamente que os direitos do nascituro estão protegidos desde a sua concepção, sendo que muitos autores rechaçam veementemente tal teoria.<sup>24</sup>

Sérgio Abdalla Semião argumenta que, interpretando gramaticalmente o art. 2º do Código Civil, já é o suficiente para identificar que o legislador foi claro ao salvaguardar os direitos do nascituro, frise-se, direitos, e não somente expectativas de direito.<sup>77</sup>

A Teoria da Personalidade Condicional defendida por Washington de Barros Monteiro, defende que o nascituro apresenta personalidade jurídica desde o momento da sua concepção, porém, sendo condicionada ao nascimento com vida.<sup>78</sup>

Esse é o entendimento de Washington de Barros sobre a teoria da Personalidade Condicional:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual fora a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma

pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguardar os eventuais direitos.

Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A essa situação toda chama PLANIOL antecipação de personalidade.<sup>78</sup>

Fábio Tartuce traz um conceito sobre a teoria ora tratada:

É aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.<sup>79</sup>

A personalidade tem início desde a concepção, tendo sua efetivação após o nascimento, sendo essa a condição *sine qua non* para a consumação de todos os direitos que a lei resguarda ao nascimento.

Ainda que a personalidade civil somente se inicie com o nascimento com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil Brasileiro (CCB) há direitos do nascituro que não aguardam o nascimento para que sejam exercidos; são os direitos de cunho existencial (e não patrimonial), como o direito à vida, à saúde, à integridade física, aos alimentos, não podendo, por conseguinte, falar-se em direito em potência ou mesmo direito condicional.<sup>24</sup>

Cabe ainda a discussão acerca da possibilidade de o embrião ser considerado nascituro.

O estágio do desenvolvimento do embrião tem início desde o momento da fecundação até a sua implantação no útero materno. Por

esse fato, o embrião carece de uma proteção diferenciada daquelas conferidas ao nascituro e à pessoa humana.

No processo de reprodução humana assistida ocorre a fertilização do óvulo pelo espermatozoide monitorado em laboratório, tendo como resultado o embrião *in vitro*. Ocorre que nem todos os embriões serão implantados, originando os embriões excedentes, que serão criopreservados.

A legislação brasileira conferiu ao embrião *in vitro* a proteção parcial, uma vez que proibiu a sua comercialização, tipificando como crime tal conduta, podendo ser descartados após o prazo de três anos ou, ainda, podem ser doados para que o projeto parental de outra família possa se cumprir, desde que haja com expresso consentimento.

O legislador proibiu a comercialização dos embriões criopreservados, mas não conferiu o mesmo tratamento dado ao nascituro, pois este tem os direitos salvaguardados desde a sua concepção, e o embrião *in vitro* não. Sendo assim, o termo nascituro não se aplica aos embriões *in vitro*, devido ao tratamento dado pela legislação.

No tocante aos alimentos gravídicos, a natureza jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do poder familiar.<sup>80</sup>

A Constituição Federal no art. 229 reconhece a obrigação dos pais de ajudar, criar e educar os filhos menores, e que os filhos maiores devem amparar e solidarizar-se com os pais na velhice, carência e enfermidade. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.<sup>7</sup>

Os alimentos consistem numa modalidade de assistência imposta por lei de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo, sendo, portanto, uma obrigação alimentar. A relação de alimentos tanto pela lei, quanto pela doutrina, tem-se atribuído à obrigação de prestar e serem prestados.

Para Pontes de Miranda, a obrigação de prestar alimentos corrobora tal entendimento.<sup>81</sup>

[...] antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidamente fundadas em exigências de pediatria.

O Código Civil de 1916, que regulava o assunto nos artigos 396 a 405, dizia que a obrigação alimentar era recíproca entre pais e filhos, extensiva aos irmãos na falta dos ascendentes e descendentes.<sup>29</sup>

O Código Civil de 2002, sob a égide dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida, dispôs que os alimentos são indispensáveis àquele que necessite para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.<sup>24</sup>

Por sua vez, o art. 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre políticas públicas que permitam o nascimento com vida e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência.<sup>82</sup>

A questão da fixação de alimentos ao nascituro foi superada em 05/11/2008, com a promulgação da Lei 11.804, que passou a assegurar à gestante o direito de pleitear judicialmente alimentos ao futuro pai da criança, antes mesmo do seu nascimento, em resposta à resistência havida por ele.<sup>35</sup>

A fixação dos alimentos gravídicos será arbitrada pelo magistrado, após ter sido convencido de indícios de paternidade.<sup>35</sup>

A referida lei dispõe sobre o direito do nascituro aos alimentos gravídicos bem como o rito processual a ser seguido, aplicando supletivamente as disposições da Lei 5.478/68 e do Código de Processo Civil. Recebida a petição inicial, o juiz determinará a citação do suposto pai para apresentar a sua resposta no prazo de cinco dias (art. 70 da Lei 11.804).<sup>35</sup>

Cabe ressaltar que os alimentos são fixados desde o recebimento da petição inicial e perdurarão até o nascimento da criança (art. 60, caput da Lei 11.804).<sup>35</sup>

Após o nascimento, os alimentos gravídicos serão convertidos automaticamente em alimentos até que uma das partes solicite a sua revisão (majoração, redução ou exoneração).<sup>35</sup> É tutelar os direitos do nascituro garantindo-lhe a sobrevivência digna desde a concepção, uma vez que a gestante tem direito à verba alimentar independentemente de vínculo decorrente de casamento ou união estável, com o suposto pai, bastando apenas que haja indícios de paternidade.

Na legislação previdenciária não há previsão para a concessão do benefício pensão por morte ao nascituro.

A pensão por morte visa proteger a família na hipótese de ocorrer um infortúnio com o provedor ou provedora da família. Consiste no pagamento mensal para aqueles que dependiam economicamente do falecido para a sua dependência.

Ao longo dos anos houve algumas alterações no instituto, mas nenhuma alterou o fato de o filho menor de 21 anos ser dependente. O art. 16, I da Lei 8.213 define o menor de 21 anos não emancipado como um dependente de primeira classe, como já visto.<sup>10</sup>

Em que pese a lei tratar do filho menor, foi silente quanto à possibilidade do reconhecimento do nascituro como dependente.

Já o Decreto 3.048, alterado pelo Decreto 10.410 em seu art. 22, I, “a”, dispõe que a inscrição do dependente segurado será promovida no ato do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação da certidão de nascimento, no caso do filho.<sup>9</sup>

A legislação previdenciária impõe esse obstáculo formal, apresentação da certidão de nascimento filho, o que em tese impede a concessão da pensão por morte ao nascituro.

Destarte, o que se pretende não é a criação de classe de dependente, mas o reconhecimento do nascituro como filho segurado, devendo ser incluído no rol de dependentes do art. 16, I da Lei 8.213.<sup>10</sup>

Não obstante a lacuna legal quanto à hipótese da percepção do benefício em comento ao nascituro, a condição primária do direito à

percepção da pensão por morte, dependência econômica do nascituro frente ao segurado-instituidor, está presente. Além disso, o benefício em comento tem caráter eminentemente alimentar, devendo suprir a necessidade do nascituro durante a gestação.

Não sobejam dúvidas de que se faz necessária a revisão legislativa previdenciária para incluir no ordenamento jurídico a proteção ao nascituro, com base em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para alcançar, indubitavelmente, a proteção à vida e cumprir um dos objetivos centrais da Previdência Social, que é a proteção social.

#### **4.2 OS EFEITOS SUCESSÓRIOS ADVINDOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA**

O Direito organiza as relações familiares internas e externas com o mundo exterior por intermédio das relações de parentesco. Parentesco e filiação estão estritamente unidos, uma vez que o vínculo jurídico da filiação une uma pessoa a seus pais em uma relação paterno-filial, correspondendo a uma relação materno-filial.<sup>83</sup>

O parentesco consiste na relação que vincula entre si pessoas que descendem uma das outras ou de autor comum que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro ou que se estabelece, por *fictio iuris*, adotado e o adotante.<sup>84</sup>

O Código Civil dispõe sobre duas modalidades de parentesco, o natural, resultante de consanguinidade, ou civil, quando advindo de outra origem. Nesse prisma, parentesco seria a junção familiar das pessoas ligadas pelo traço sanguíneo ou estabelecido pelo direito.<sup>24</sup>

Quanto ao parentesco civil, decorrente da lei e não de vínculos consanguíneos, vale ressaltar que a partir de seu estabelecimento cria-se o vínculo de filiação e, conseqüentemente, as linhas e graus de parentesco socioafetivo, com efeitos de cunho pessoal e patrimonial.<sup>85</sup>

Edson Fachin, ao tratar sobre o tema do parentesco não consanguíneo, elucida que, com base na brecha deixada por essa

modalidade trazida pelo Código Civil de 2002, surgiram outras formas de filiação socioafetiva, como ficou estabelecido pela presunção de paternidade das reproduções humanas assistidas homólogas e heterólogas.<sup>83</sup>

O parentesco tem sua origem na filiação, uma vez que a determinação de cada linha ou grau decorre da relação de ascendência e descendência. Assim, a partir da filiação estabelece-se o vínculo jurídico que define as linhas e os graus de parentesco, bem como os efeitos legais a eles associados.<sup>86</sup>

Os exemplos de parentesco civil são aqueles provenientes da adoção, adoção simulada, reconhecimento voluntário e da reprodução humana assistida heteróloga, que implica a paternidade socioafetiva baseada nos laços afetivos.

Os efeitos jurídicos decorrentes das relações de parentesco atingem o direito de família, nos impedimentos matrimoniais, gerando dever de prestar alimentos e nas regulamentações de guarda e de visitas. Já no campo do Direito Sucessório, acarretará direito à herança. Além disso, também trará consequências no Direito Eleitoral, pois o grau de parentesco pode gerar inelegibilidade eleitoral. E, ainda, no Direito Administrativo, poderá infringir as regras do nepotismo no serviço público.<sup>33</sup>

A filiação consiste na relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base na afetividade.<sup>33</sup>

Ademais, é por meio da filiação que é indicada a linhagem da qual se originou o sujeito, definindo-se, por consequência, a maternidade e a paternidade.<sup>87</sup>

Na filiação há um complexo de direitos e deveres. De um lado está o filho que é titular do estado de filiação; do outro estão os pais que são titulares do estado de paternidade em relação a este.<sup>88</sup>

De acordo com o art. 1.603 do CCB, a filiação é provada pela certidão de nascimento registrada em cartório,<sup>24</sup> sendo que o referido registro cria uma presunção de filiação quase absoluta, podendo ser ilidida, caso seja provado que houve erro ou falsidade.<sup>64</sup>

A filiação também pode ser comprovada por qualquer meio admitido em direito; por exames periciais (DNA) ou ainda ser reconhecida por meio de escritura pública ou particular e por testamento ou por manifestação direta e expressa perante juiz, conforme artigos 1.605 e 1.609 do Código Civil.<sup>24</sup>

Diante das alterações sociais, o critério de estabelecimento de filiação foi sendo alterado. Inicialmente, o critério adotado era o biológico, advindo de uma relação sexual. Tal critério tem origem no direito romano, pois a filiação estava diretamente relacionada ao matrimônio. Ao longo dos anos, viu-se que a filiação também poderia ser constituída pela afetividade, a chamada posse de estado de filho.

Nesse prisma, os autores Cristiano Farias e Nelson Rosendal discorrem sobre a posse do estado de filho:

Não se pense, de qualquer modo, que a comprovação de origem genética, pela realização do DNA, é bastante para afirmar a existência de uma relação paterno-filial. É que, apesar da determinação da origem biológica, o vínculo de filiação pode ser determinado através do tratamento dispensado no cotidiano, enfim, da efetividade. É o que se convencionou chamar de dessacralização do DNA. Por força disso, vale o registro de que é, exatamente, do âmago desse art. 1.605 que a doutrina vem localizando, em sede codificada, a conhecida tese da posse do estado de filho que, apesar de não ter sido expressamente definida, parece estar presente nas linhas do referido dispositivo legal, com as suas características fundamentais. Sem dúvida, a notoriedade e a exteriorização de uma relação paterno-filial (isto é, a posse do estado de filho) decorrem de veementes presunções de fatos já certos, explicitando a admissibilidade implícita da teoria pelo comando legal. O propósito da posse do estado de filho, inclusive, é, exatamente, provar a existência de uma relação filiatória, como sucedâneo do registro civil de nascimento, permitindo que o filho

que, embora não registrado pelo seu pai, convive com ele como todos os elementos característicos de um vínculo de filiação (enfim, é tratado por ele, pública e notoriamente, como filho), possa obter todas as consequências jurídicas que pretende ter.<sup>33</sup>

O estado de posse de filho configura um conjunto de situações capazes de exteriorizar a condição de filho do casal que cria e educa a criança, sendo que a doutrina exige que sejam configurados três requisitos: utilização do nome da família, tratamento de filho e fama.<sup>33</sup>

Ainda sobre a filiação, outra questão a ser tratada consiste na divisão de filhos legítimos e ilegítimos. Os filhos legítimos eram aqueles concebidos durante o matrimônio, já os ilegítimos eram provenientes de pais que não eram casados, sendo distribuídos em espúrios, adulterinos e incestuosos.

Com o advento da Constituição da República esse tratamento discriminatório foi extirpado do ordenamento jurídico, não havendo mais em se falar dessa distinção, sendo todos os filhos considerados legítimos.<sup>7</sup>

A presunção de paternidade dos filhos nascidos durante o casamento está prevista no art. 1.597:

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>24</sup>

Em que pese o mencionado artigo fazer referência apenas aos filhos havidos na constância do casamento, a doutrina majoritária entende que tal tratamento deve ser estendido à união estável, uma vez que a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º 18 e art. 1.723 do CCB 75 definem a União estável como entidade familiar.

Nessa linha, estende-se a presunção de paternidade decorrente de casamentos para as entidades familiares convencionais, pois, mesmo que casamento e união estável não sejam iguais, merecem a mesma proteção, de acordo com a norma constitucional.<sup>33</sup>

Os incisos I e II do art. 1.593 do CCB tratam da presunção de paternidade na procriação natural com base na relação sexual, sendo relativa, podendo ser averiguada por exame de DNA<sup>24</sup>.

Os incisos III e IV do referido artigo tratam da reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, respectivamente.<sup>24</sup>

Na primeira hipótese, para que seja viável a reprodução humana assistida, os materiais genéticos devem pertencer ao próprio casal, ser criopreservados e ainda ocorrer a implantação no útero materno após a falecimento do marido.

A reprodução humana assistida homóloga se aproxima do modelo clássico de filiação, proveniente da reprodução biológica convencional, e pressupõe a existência de um vínculo jurídico de cunho familiar, seja casamento ou união estável, entre o doador de sêmen e a receptora, para que seja realizado o procedimento.

Questão importante cinge-se quanto à prévia autorização para a utilização do material genético após o óbito. A Resolução 2.168 define que deve haver prévia autorização do(a) falecido(a) para o uso do material genético criopreservado.<sup>62</sup>

Tendo o casal tomado todas as providências para a criopreservação do material genético e, ainda, o termo de consentimento conter explicitamente a hipótese da utilização do material genético do doador após o seu óbito, a mulher (esposa ou companheira) poderá, com base no procedimento de inseminação artificial, receber em seu útero o óvulo fecundado.

De acordo com o artigo 1.593, III do CCB, a presunção de paternidade na RHA homóloga se dá pela existência de casamento ou união estável. E mesmo que o varão tenha falecido, a paternidade é dele.<sup>24</sup>

A hipótese da reprodução humana assistida heteróloga ocorre quando o sêmen é doado por uma terceira pessoa devido à esterilidade do marido ou companheiro.

Inicialmente, tem-se que a doação de gametas deve ser feita de forma gratuita e anônima, conforme Resolução do CFM 2.320, IV, 1 e 2, respectivamente:

1. A doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores, e vice-versa, exceto na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade.<sup>71</sup>

A legislação não exige que o cônjuge que consentiu esteja impedido de procriar, sendo que a única exigência é a sua anuência expressa, conforme Resolução do CFM n. 2.320, VIII.

Na RHA heteróloga a anuência prévia do cônjuge assume plena relevância, funcionando como uma espécie de reconhecimento prévio do filho, caracterizando uma espécie de paternidade socioafetiva, não se admitindo, via de regra, a impugnação da paternidade.

Em relação à presunção de paternidade definida no art. 1.597, V do CCB, o legislador tencionou que tal presunção é absoluta, não admitindo prova em contrário, uma vez que o marido consentiu previamente por meio do termo livre e consentido que a inseminação artificial poderia ser realizada após o seu óbito.<sup>24</sup>

A realização da reprodução humana assistida homóloga e heteróloga repercute nos ramos do Direito de Sucessões e Previdenciário.

Como já visto, o art. 1.597, IV e V do CCB, trata da presunção de paternidade nos casos de reprodução humana assistida homóloga e heteróloga, sendo que ambos os casos se aplicam na hipótese de o marido falecer.<sup>24</sup>

Havendo a consecução do RHA *post mortem*, ou seja, a cônjuge sobrevivente decidiu realizar a implementação do óvulo em seu útero para gerar um filho do casal, mesmo após a morte do seu cônjuge, qual será a repercussão no Direito Sucessório?

Primeiramente, tem-se que o Direito Sucessório consiste em uma substituição do titular de um direito<sup>89</sup> ou, ainda, é a substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica,<sup>33</sup> ou seja, os herdeiros irão suceder o falecido nos direitos patrimoniais que lhe pertenciam.

Orlando Gomes esclarece que “o conteúdo do direito de sucessões não é ilimitado. Posto assuma o herdeiro a posição jurídico-econômica do defunto, não se lhe transmitem todos os direitos de que este era, ou podia ser, titular”,<sup>34</sup> pois somente as relações jurídicas patrimoniais serão objeto de substituição do sujeito.

Fábio Taburce aborda o conceito de direito das sucessões:

Ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido.<sup>90</sup>

Pois bem, o direito hereditário trata especificamente da sucessão proveniente do óbito do titular do direito patrimonial, uma vez que os bens e obrigações deixadas pelo *de cuius* serão transmitidas diretamente aos seus herdeiros e legatários.

A sucessão pode ocorrer *inter vivos* ou pela morte, mas a herança consiste no conjunto de relações jurídicas patrimoniais que eram titularizadas pelo falecido e que se transmite aos seus sucessores.<sup>33</sup>

Rolf Madaleno conceitua herança:

Herança é o patrimônio deixado pelo falecido e representado pelo conjunto de seus bens materiais e imateriais, direitos e obrigações, ou, como institui o art. 91 do Código Civil, o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico e que se constitui em uma universalidade.<sup>68</sup>

O direito de herança está elencado no art. 5º, XXX da CR como uma garantia constitucional fundamental, tratando-se de cláusula pétrea que não pode ser derogada pelo constituinte derivado, consolidando a solidariedade familiar e o princípio da solidariedade sucessória.<sup>7</sup>

Os objetivos do direito hereditário são de proteger a família e seu patrimônio, preservar suas relações e os seus bens, por isso a Constituição Federal alçou esse direito ao *status* de cláusula pétrea.<sup>7</sup>

A herança pode ser transmitida de duas formas: pela lei (legítima) ou por testamento, que é a última vontade de falecido.

A sucessão em geral possui regras genéricas que são aplicáveis tanto à herança legal quanto à testamentária. São regras relativas, por exemplo: a aceitação e renúncia da herança, a cessão dos direitos hereditários e a indignidade do sucessor.<sup>33</sup>

Rolf Madaleno diferencia a disposição testamentária e a sucessão legítima:

Prescreve o art. 1.786 do Código Civil que a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade, aqui compreendida a sucessão testamentária. A sucessão legítima está prevista na lei e pode coexistir com a sucessão testamentária quando o sucedido

fez testamento, mas, por exemplo, nele não dispôs da totalidade de seus bens por existirem herdeiros necessários. Desse modo, a fonte do direito sucessório é a lei ou o testamento e até mesmo ambas as origens.<sup>68</sup>

A sucessão legítima consiste na divisão dos bens, independentemente da vontade do falecido, beneficiando as pessoas que estão previstas na ordem de vocação hereditária, descrita no art. 1.829 do CCB:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.<sup>24</sup>

Já a sucessão testamentária se dará quando o autor da herança deixar de forma expressa sua última vontade por meio de um testamento, sendo que os bens deixados pelo falecido serão destinados àqueles que ali forem indicados, em respeito à vontade do testador.

Frise-se que a sucessão legítima ocorrerá sem a interveniência da vontade do falecido, uma vez que a lei dispõe expressamente quem deverá ser contemplado, já a sucessão legítima contemplará aqueles que tiveram uma relação familiar baseado em parentesco consanguíneo ou de adoção, sendo em linha reta, com descendentes ou ascendentes e, na linha colateral, até o quarto grau, além daqueles que mantiveram vínculos de casamento ou união estável.<sup>68</sup>

No testamento, possivelmente terá a figura do legatário, que é aquele que receberá a sucessão a título singular, pois no testamento é possível que sejam atribuídos determinados bens a pessoas específicas, o chamado legado.<sup>91</sup> Outra questão é que os bens legados não poderão comprometer a legítima dos herdeiros necessários, sendo que, se isso ocorrer, o testamento será invalidado, com a redução do valor dos bens do legatário.

No tocante à sucessão legítima, os herdeiros elencados no art. 1.829 do CCB são considerados herdeiros necessários e, por conseguinte, têm assegurado o direito de receber ao menos 50% dos bens do falecido, que é denominado legítima.<sup>24</sup> A legítima consiste na parcela da herança que é dedicada, obrigatoriamente, aos herdeiros necessários, com a redução da autonomia de vontade do titular do patrimônio.

De acordo com o art. 1.784 do CCB, os bens são transmitidos de imediato para os herdeiros, tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária,<sup>77</sup> pois o direito brasileiro adota a teoria da transmissão imediata da posse, propriedade e das obrigações.<sup>68</sup>

A herança será transmitida aos que comprovarem a chamada legitimação sucessória, que nada mais é do que a aptidão para ser sucessor, herdeiro ou legatário.

De acordo com as regras da legitimação sucessória, o sucessor deve estar vivo no momento da data da abertura da sucessão, sendo nascido ou concebido.<sup>33</sup>

Especificamente sobre a questão de estar vivo, nascido ou concebido na data do óbito, a ideia principal é que o herdeiro exista no momento da morte do autor da herança, sendo que nascidos são as pessoas que já estão separadas do cordão umbilical, as concebidas são aquelas que não nasceram, ou seja, os nascituros.<sup>33</sup>

Sobre o nascituro, o art. 2º do CCB estabeleceu uma ressalva quanto aos seus direitos, pois define que a personalidade civil começa com o nascimento, salvo o direito do nascituro.<sup>24</sup>

Ainda sobre o nascituro, o termo utilizado no art. 1.798 do CCB não faz distinção da modalidade de concepção, mas trata de

forma genérica,<sup>24</sup> sendo que para a maioria dos autores o conceito de nascituro abrange o embrião criopreservado que já foi concebido e está aguardando *in vitro* o momento de ser implantado no útero materno.<sup>91</sup>

A sucessão testamentária visa resguardar o império da autonomia do autor da herança para que possa dispor do seu patrimônio em favor de qualquer pessoa, podendo ser pessoas vivas ou ainda não concebidas; pessoas jurídicas e ainda pessoas jurídicas que o testador determine a sua criação.<sup>24</sup>

Nesse ínterim, a prole eventual é o filho que ainda não foi concebido, podendo existir ou não na abertura da sucessão. Refere-se a filhos havidos antes e depois do testamento, antes ou depois da morte.<sup>89</sup> O objetivo é beneficiar os filhos de uma pessoa indicada pelo testador e que lhe sobreviva.<sup>33</sup>

A lei determina que seja indicado pelo menos um dos pais da criança que será beneficiada no testamento, sendo que o prazo para a sua concepção é de dois anos a contar da abertura da sucessão.

As técnicas de reprodução humana assistida são regulamentadas pelo Direito Civil de forma superficial, ganhando mais amplitude nas resoluções elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina.

Conforme já visto, o art. 1.597 do CCB trata da filiação, e em seus incisos IV e V dispõe sobre a reprodução humana assistida *post mortem* homóloga e heteróloga.<sup>24</sup>

Não é razoável que o Direito Civil permita essa modalidade de reprodução medicamente assistida, mas não regularmente seus efeitos no âmbito do Direito Sucessório, já que os argumentos favoráveis são inúmeros.

O primeiro argumento trazido pela doutrina está baseado no art. 227, § 6º da CR, que veda qualquer tipo de discriminação aos filhos,<sup>7</sup> sendo que o filho proveniente da RHA *post mortem* é filho da mesma forma que o outro e, além disso, está garantida a sua filiação pela presunção de paternidade descrita no art. 1.597 do CCB, já citado.<sup>24</sup>

Acrescenta-se que no Brasil não existe vedação para a utilização de técnicas de reprodução humana assistida póstuma, não havendo razão para que seus efeitos no mundo jurídico sejam ignorados.

Sendo assim, a nossa legislação trata da reprodução humana assistida *post mortem* e ainda sobre a presunção de filiação dos filhos concebidos com a utilização dessa técnica, mas não prevê sobre os seus reflexos no âmbito do Direito Sucessório. Negligenciar os direitos dos filhos concebidos após a morte do pai por meio da reprodução humana assistida é violar o disposto no art. 5º, XXX da CR, que é um direito fundamental de herança.<sup>7</sup>

#### **4.3 O DIREITO À PENSÃO POR MORTE PREVIDENCIÁRIA ADVINDA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA**

A reprodução humana assistida é um meio científico utilizado pelas famílias para a efetivação do projeto familiar. Além da reprodução humana assistida *inter vivos*, há também a *post mortem*.

Na RHA *post mortem*, o cônjuge falecido autoriza previamente a utilização do material genético em caso de óbito, ficando a cargo da sua esposa implantar o material genético em seu útero para gerar um filho do casal, completando o projeto parental familiar.

**Na hipótese de o falecido não ter manifestado expressamente sua autorização para a utilização do material genético, ocorrerá o seu descarte após três anos, tema já tratado no item 3.3.**

A RHA *post mortem* pode ser feita na modalidade homóloga, quando o sêmen é do marido, e heteróloga com a utilização do sêmen de um doador anônimo. Nas duas modalidades recairá sobre o marido falecido a presunção de paternidade estabelecida no art. 1.597, III e V do CCB,<sup>24</sup> como já visto no tópico anterior.

O Direito Civil, por sua vez, não se omitiu frente às mudanças na Engenharia Genética e na sociedade e regulamentou, mesmo

que timidamente, a reprodução humana assistida e seus possíveis desdobramentos na filiação.

Quanto ao Direito Previdenciário, entre o rol de benefícios, aquele que irá beneficiar o infante após o seu nascimento advindo da RHA *post mortem* homóloga ou heteróloga será a pensão por morte.

A pensão por morte é um benefício constitucionalmente garantido, art. 201, V da CR, tendo como cerne a proteção social da família em caso do falecimento do segurado-instituidor, provedor familiar.<sup>7</sup>

A pensão por morte consiste no pagamento mensal aos dependentes do segurado-instituidor após o seu óbito, sendo que o rol de dependentes está elencado no art. 16 da Lei 8.213.<sup>10</sup>

Sobre o risco social suportado pela Previdência social, Castro e Lazzari assim opinam:

O risco social a ser coberto pela Previdência Social, no caso, é a substituição de dependentes do segurado do RGPS, assim considerados os que estão arrolados no art. 16 da Lei de benefícios. Assim, os requisitos para a concessão do benefício são:

- qualidade de segurado;
- a morte real ou presumida;
- a existência de dependentes que possam se habilitar como beneficiários perante o INSS;
- para os óbitos ocorridos a partir de 15.01.2015, o cônjuge, companheiro ou companheira terá que comprovar que a morte ocorreu depois de vertidas 18 contribuições mensais e pelo menos dois anos após o início do casamento ou da união estável (na existência dessas provas, a pensão tem a duração de quatro meses, salvo na hipótese de o óbito do segurado decorrer de acidente do trabalho ou companheiro for portador de invalidez ou deficiência).<sup>6</sup>

A pensão por morte não será devida na hipótese da perda da qualidade do segurado, ressalvada a hipótese de o segurado, até a

data do óbito, ter implementado direito a perceber alguma espécie de aposentadoria. De acordo com a súmula 416 do STJ, “é devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter (*sic*) perdido essa qualidade, preencheu (*sic*) os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito”.<sup>92</sup>

Ainda sobre o tema, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais no tema 148 firmou entendimento no mesmo sentido:

A perda da qualidade de segurado constitui óbice à concessão da pensão por morte quando o *de cujus* não chegou a preencher, antes de sua morte, os requisitos para obtenção de qualquer aposentadoria concedida pela previdência social, tal como ocorre nas hipóteses em que, embora houvesse preenchido a carência, não contava com tempo de serviço ou com idade bastante para se aposentar.<sup>62</sup>

**Acerca dos beneficiários da pensão por morte, o art. 16 da Lei 8.213/91 traz um rol de dependentes, conforme tratado no item 2.3 Classificação dos dependentes.**

Destaca-se que o Código Civil é lei especial quanto ao conceito e classificação de filiação, sendo evidente que não há mais distinção entre o momento da concepção do filho, se é antes ou depois do óbito do genitor. Isso se dá pelo fato de o CCB do art. 1.597 tratar da presunção de paternidade nas reproduções humanas assistidas homólogas e heteróloga.<sup>24</sup>

Não há diferença entre os filhos havidos de forma natural e pela reprodução humana assistida, seja na constância do casamento ou união estável, seja após o óbito do genitor, haja vista a presunção de paternidade prevista no CCB.<sup>24</sup>

Outro ponto a ser destacado é que o art. 227, § 6º da CR vedou a discriminação de filhos havidos ou não durante o casamento ou pela adoção.<sup>7</sup>

Na hipótese de o casal ter tomado todas as precauções quanto ao termo de consentimento devidamente assinado, criopreservando o material genético, falecendo o esposo a cônjuge sobrevivente poderá gestar o embrião criopreservado, garantindo o projeto parental vislumbrado pelo casal, na época em que o cônjuge estava vivo.

O art. 16 da Lei 8.213 dispõe sobre a percepção do benefício pensão por morte ao filho menor de 21 anos, sendo que a legislação civil que é matéria especial sobre o tema admite a reprodução humana assistida *post mortem*, não fazendo qualquer distinção sobre o momento do nascimento do filho, se antes ou após o óbito.<sup>10</sup>

A legislação previdenciária não faz menção, por óbvio, ao filho advindo da reprodução humana assistida *post mortem*, pois esse tema não é pertinente ao Direito Previdenciário, mas ao Direito Civil.

Pois bem, após o procedimento pelo qual a viúva recebe o óvulo criopreservado e dá a luz ao filho do casal, não restam dúvidas sobre a paternidade do cônjuge falecido, sendo a RHA homóloga ou heteróloga, como já visto.

Daí surge a seguinte questão: o menor terá direito à percepção do benefício pensão por morte?

Primeiramente, o CCB não estipula prazo para que ocorra a RHA *post mortem*, sendo que ficará a critério do cônjuge sobrevivente, podendo o filho ser gerado após o óbito do genitor.<sup>24</sup>

Após o nascimento, o primeiro passo é a habilitação do dependente para fazer jus ao benefício, sendo que não há que se falar em inscrição prévia de dependentes feita pelo segurado instituidor antes de seu falecimento, conforme os ensinamentos de Castro e Lazzari:

De acordo com o art. 17, § 6º da Lei de Benefícios e o art. 22 do Decreto n. 3.048/99, com redação dada pelo Decreto n. 4.079/2002, a inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito. Logo, não há mais a

exigência de inscrição prévia de dependentes pelo segurado empregado.<sup>6</sup>

A habilitação será feita no ato do requerimento administrativo, que poderá ser feito até 90 dias após o óbito para que o benefício seja concedido com data retroativa ao óbito. Depois essa data contará após o requerimento, não havendo na legislação um limite de prazo para ser feito o requerimento, é o que está disposto no art. 74, I da Lei 8.213:

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.<sup>10</sup>

Nessa perspectiva, o fato de filho nascer após o óbito não é óbice para a concessão do benefício em comento, uma vez que no requerimento irá constar sua certidão de nascimento, tendo como pai o segurado instituidor.

Outra questão que pode ser levantada é a data do nascimento ser posterior ao óbito, mas o Direito Civil já resolveu essa questão ao tratar da presunção de paternidade nas RHAs *post mortem* homóloga e heteróloga feitas com a prévia autorização do varão.

Além disso, pode-se questionar a real necessidade da concessão do benefício pensão por morte ao filho nascido pela RHA *post mortem*, já que a esposa faz jus ao benefício na data do óbito do segurado instituidor.

Nessa hipótese de a esposa estar em gozo do benefício em comento e dar à luz o infante depois do óbito do segurado instituidor, tem-se que analisar duas questões: primeiro, a idade da genitora na data do óbito e o cálculo da pensão por morte instituída pela EC 103.<sup>16</sup>

De acordo com a Lei 11.135, para que o cônjuge ou companheiro(a) tenha direito à percepção da pensão por morte, o segurado-instituidor deverá ter no mínimo 18 contribuições e a união estável ou casamento ter, no mínimo, dois anos até o óbito.<sup>93</sup>

Além disso, foi criada pela referida lei uma tabela de faixa etária e duração do benefício:

- c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:
  - 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
  - 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
  - 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;
  - 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
  - 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;
  - 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.<sup>13</sup>

Se a genitora tiver 29 anos de idade, terá direito ao benefício em comento por 10 anos, trazendo prejuízo e ferindo direito à percepção de um dos benefícios de proteção da família, pensão por morte.

Quanto ao cálculo da renda mensal inicial da pensão por morte, a EC 103 determinou que o cálculo seria feito da seguinte forma:

A partir da entrada em vigor da Reforma Previdenciária (art. 23 da EC 103/2019) passou a RMI da pensão por morte a ser equivalente a uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por

incapacidade permanente da data do óbito, acrescida de cotas de dez pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100%.<sup>16</sup>

Sendo reconhecida a hipótese em comento, o valor da renda mensal inicial será majorado em 10%, o que beneficia a renda familiar para manter a sua subsistência.

Caso o segurado-instituidor ostente a qualidade de segurado, mas não possua os 18 meses de contribuição que a lei determina para que a esposa ou companheira possa usufruir do benefício, na hipótese do nascimento do filho por meio da RHA *post mortem* também há possibilidade de o cumprimento da *mens legis* de cobrir o risco social, proporcionando a subsistência dos dependentes do segurado.

O cerne da questão para a concessão do benefício pensão por morte ao filho proveniente da RHA *post mortem* é uma análise dos requisitos legais, quais sejam, a qualidade de segurado do *de cuius* e a qualidade de dependente do filho.

Ultrapassado o primeiro requisito, restou amplamente demonstrado que o filho havido por meio de RHA *post mortem* homóloga ou heteróloga é presumidamente filho do falecido, por força do art. 1.597, III e V do CCB75 e, portanto, se amolda perfeitamente no requisito elencado no art. 16, I da Lei 8.213/10, qual seja, ser filho menor de 21 anos.

O argumento de falta de regulamentação do Direito Previdenciário quanto a esse tema não merece prosperar, haja vista que o direito deve ser analisado de forma integrada. O Direito Civil é responsável por definir a filiação e ao Direito Previdenciário cabe o regramento da concessão dos benefícios. O primeiro definiu que o filho concebido pela RHA *post mortem* homóloga ou heteróloga tem a presunção de paternidade do genitor, independentemente do prazo. E o Direito Previdenciário, ao seu modo, instituiu que o filho é dependente do falecido para fins de pensão por morte.

Diante de tais argumentos, ficou patente que o filho advindo da reprodução humana assistida *post mortem* faz jus ao benefício pensão

por morte, pelo fato de a legislação civil definir a paternidade *post mortem* do seu genitor e o direito previdenciário definir que o filho menor de 21 anos tem direito à percepção do benefício em comento.



## 5. CONCLUSÃO

A presente obra percorreu os caminhos complexos que se estabelecem entre os avanços da Biomedicina e os limites do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no âmbito do Direito Previdenciário. O foco central foi compreender se os filhos concebidos por técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* podem ou não ser reconhecidos como dependentes e, conseqüentemente, titulares de benefícios previdenciários, em especial a pensão por morte.

Desde a introdução, verificou-se que a Ciência oferece novas possibilidades de concretização do projeto parental, permitindo que a descendência seja gerada mesmo após o falecimento de um dos genitores. Tal realidade, todavia, gera uma série de questionamentos jurídicos: o filho concebido após a morte do pai tem direito ao benefício previdenciário? Qual é a posição do Direito diante desse novo paradigma?

O segundo capítulo abordou os fundamentos do Direito Previdenciário, destacando sua evolução histórica, a estrutura dos segurados e dependentes no RGPS e o papel da previdência como mecanismo de proteção social. A análise demonstrou que a previdência social no Brasil é instrumento essencial de concretização da dignidade humana, uma vez que busca amparar indivíduos e famílias em momentos de vulnerabilidade, como doença, idade avançada e morte do provedor.

Na sequência, foram exploradas as facetas da reprodução humana assistida no Brasil, com ênfase nas modalidades, no processo biológico e nas implicações éticas e jurídicas do uso do material genético após a morte. A partir desse exame, verificou-se que, embora a Ciência avance em velocidade impressionante, o Direito ainda se mostra reticente em disciplinar com clareza situações novas como a fecundação *post mortem*.

O quarto capítulo enfrentou diretamente o direito à pensão por morte na reprodução humana assistida *post mortem*, investigando

o direito do nascituro, os reflexos sucessórios e a compatibilidade com os princípios constitucionais. A análise permitiu concluir que a exclusão do filho concebido nessas circunstâncias do rol de dependentes previdenciários representa grave omissão legislativa e fere princípios basilares da Constituição de 1988, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a proteção à família e o direito fundamental à previdência social.

Constatou-se, ainda, que outros ramos do Direito - como o Direito Civil e o Biodireito - já reconhecem a importância da tutela do nascituro e do filho *post mortem*, seja por meio da previsão de alimentos gravídicos, da proteção sucessória ou das normas éticas do Conselho Federal de Medicina, que exigem consentimento prévio e informado. Assim, não se mostra razoável que o Direito Previdenciário permaneça alheio a essa realidade.

Diante disso, a solução passa pela interpretação sistemática e constitucional da legislação vigente, de modo a incluir o filho concebido por técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* no conceito de dependente previdenciário. Essa postura não exige apenas alteração legislativa, mas também sensibilidade da doutrina e da jurisprudência, que devem assegurar ao nascido em tais condições o mesmo tratamento conferido aos demais filhos, em absoluta consonância com o princípio da igualdade e a vedação de discriminação entre filhos.

Portanto, concluiu-se que a previdência social deve ser compreendida como um sistema dinâmico e inclusivo, apto a acompanhar as transformações sociais e científicas. A negativa de proteção ao filho concebido *post mortem* significaria não apenas uma afronta ao texto constitucional, mas também uma violação aos compromissos internacionais de proteção dos direitos humanos assumidos pelo Brasil.

Em síntese, esta obra demonstra que a reprodução humana assistida *post mortem* não pode ser vista como um obstáculo, mas sim como uma nova realidade jurídica, que desafia e ao mesmo tempo enriquece o Direito. O reconhecimento da pensão por morte nesses

casos não é mera questão de técnica legislativa, mas, sobretudo, de justiça social, de efetividade dos direitos fundamentais e de respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, o estudo aqui desenvolvido não encerra o debate, mas abre espaço para novos questionamentos e aprofundamentos doutrinários e jurisprudenciais, com a expectativa de que a ciência do Direito continue a evoluir em sintonia com as demandas da sociedade contemporânea, garantindo a proteção integral de todos os cidadãos, independentemente das circunstâncias de sua concepção.



## REFERÊNCIAS

1. Ibrahim FZ. Curso de Direito Previdenciário. 26. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021, p. 21, 75, 176, 190.
2. Mendes FR. Segurança social: o futuro hipotecado. Lisboa Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 23.
3. Hovarth Júnior M. Direito Previdenciário. 11. ed., São Paul: Quarter Latin, 2017, p. 26.
4. Brasil. Decreto-lei 3.724/19. Diário Oficial da União, Brasília, 15/01/1919.
5. Brasil. Decreto-lei 4.682/23. Diário Oficial da União, Brasília, 24/01/1923.
6. Castro CAP, Lazzari JB. Manual de Direito Previdenciário. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 31, 105, 138, 159, 160, 164, 178, 551, 685,690.
7. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05/10/1988.
8. Brasil. Lei 8.742/93. Diário Oficial da União, Brasília, 07/12/1993.
9. Brasil. Decreto-lei 3.048/99. Diário Oficial da União, Brasília, 06/05/1999.
10. Brasil. Lei 8.213/91. Diário Oficial da União, Brasília, 24/07/1991.
11. Brasil. Decreto-lei nº 5.452. Diário Oficial da União, Brasília, 01/05/1943.

12. Campos MBLB. Manual dos servidores públicos: administrativo e previdenciário. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: LuJur, 2022, p. 40, 181, 185.
13. Brasil. Lei Complementar 150/2015. Brasília: Diário Oficial da União, 1º/05/1943.
14. Garcia GFB. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 281.
15. Nascimento AM. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed., São Paulo: Ltr, 2000, p. 264.
16. Brasil. Emenda Constitucional 103/2019. Diário Oficial da União, Brasília, 13/11/2019.
17. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 09/08/1943.
18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 381.367/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, julgado em 03 jun. 2009. Publicado no DJe de 07 ago. 2009. Tema 27 da Repercussão Geral. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 6 out. 2025.
19. Brasil. Lei 8.212/91. Diário Oficial da União, Brasília, Brasília, 24/07/1991.
20. Martinez WN. Curso de Direito Previdenciário. Noções de direito previdenciário. Tomo I -São Paulo. LTr, 1997, p. 112-208.
21. Coimbra JRF. Direito Previdenciário brasileiro. 11. ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2002, p. 97-98, 102.
22. Brasil. Código Civil. Lei nº 3.071. Diário Oficial da União, Brasília. 1º/01/1916.

23. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05 maio 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 out. 2011
24. Brasil. Lei nº 10.406. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10/01/2002.
25. Ibrahim FZ. Curso de Direito Previdenciário. 26. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021, p. 21-190
26. Rocha DM. Comentários de direito previdenciário. 17. ed., São Paulo. Atlas. 2019, p. 131.
27. BRASIL. Lei nº 13.125, de 21 de setembro de 2015.
28. Fujita JS. Filiação. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.
29. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898.060/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 21 set. 2016. Publicado no DJe em 10 mar. 2017.
30. Rodrigues S. Direito civil: direito de Família. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.
31. Gomes O. Direito de Família. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 427.
32. Cahaly YS. Dos alimentos. 3. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 16.
33. Farias CC, Braga Netto F, Rosenvald N. Manual de Direito Civil, v. único, Salvador: JusPodium, 2017, p. 1798-1955.
34. Brasil. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 61, de 2023. Brasília, DF, 2023.

35. Brasil. Lei 11.804/08. Diário Oficial da União, Brasília, 05/11/2008.
36. Alexy R, Rodrigues NL, Silva LN. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. *In: Alexy R, Rodrigues NL, Silva LN. Dignidade humana e direitos sociais e não positivismo. Florianópolis: Qualis 2015, p. 17-22.*
37. Albuquerque A, Barroso A. Curso de direitos humanos. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 66-67, 202.
38. Piosevan F. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. *In: Canotilho JJG, Correia MOG, Correia EPB. (org.). Direitos Fundamentais Sociais. São Paulo: 2010, p. 54.*
39. Piosevan F. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafio e perspectivas, direitos humanos na sociedade cosmopolita. *In: Baldi CA. Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 45-71.*
40. Pompeu GVM, Pimenta CAA. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Direito e Desenvolvimento. Jun. 2017;6(12), p. 216.*
41. Martins SP. Reforma previdenciária. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 21.
42. Matos MA. Direitos Humanos Previdenciários. *Revista de Direito Previdenciário, 2013;1, p. 139-148.*
43. MACHADO, Maria Helena. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 21-50
44. Bolzan A. Reprodução assistida e dignidade humana. São Paulo: Paulinas, 1998, p. 30,33.

45. BARBOZA, Heloisa Helena. “Proteção da autonomia reprodutiva dos transexuais”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(2): 256, maio-agosto/2012, p. 34
46. Leite EO. *Procriações artificiais e o Direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p. 19.
47. Kritsch R. Santa Casa afirma que fertilizou o primeiro bebê *in vitro*. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 30/04/1991, p. 11.
48. Sgreccia E. *Manual de Bioética*. v. 1. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996, p. 342,421.
49. Chomali F. *Derecho a la vida, Derecho Fundamental*. Teol Vida. Santiago, 2007, p. 415.
50. Passos EP. *Rotinas em infertilidade e contracepção*. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 23-25.
51. Sartori GLZ. *Reprodução humana assistida: um direito fundamental?* 2. ed.: Curitiba: Appris, 2021, p. 119-121.
52. Gama GCN. *A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo Código*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 34.
53. Testart J. *O ovo transparente*. Trad. Mary Amazonas Leite Barros. São Paulo: USP 1995, p. 103.
54. Ascensão JO. *Problemas jurídicos da procriação assistida*, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1994, p. 76.
55. Atlan H. *O útero artificial*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006, p. 75.
56. Brasil 1996, Lei 9.263. *Diário Oficial*. 12/01/1996
57. Santos Júnior JD, Miranda ATC. *A saúde de adolescentes e jovens: competências e habilidades. Métodos contraceptivos*. Brasil:

Ministério de Saúde, 2009, p. 22 Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescentes/texts\\_comp/tc\\_08.html](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescentes/texts_comp/tc_08.html).

58. Brandão DS, Marques RH, Penteado JC. A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre, RS: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 34.

59. Brasil. Lei 11.105/2005. Diário Oficial da União, Brasília, 24/05/2005.

60. Brasil. Lei 9.434. Diário Oficial da União, Brasília. 04/02/1997.

61. Borges Júnior E. Reprodução humana assistida. 2. ed., Rio de Janeiro: Atheneu, 2020, p. 307-338.

62. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 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, publicada no DOU. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.. Disponível em [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19405123/do1-2017-11-10-resolucao-n-2-168-de-21-de-setembro-de-2017-19405026).

63. Gomes JJ. Teoria Geral do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 48.

64. Lôbo PLN. Direito civil: parte geral. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

65. Ribeiro GPL. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: Sá MFF. (coord.). Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 286.

66. Almeida AM. Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 25-26.
67. Scalquette ACS. Estatuto da reprodução assistida. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.
68. Madaleno R. Sucessão legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 27-68. E-book.
69. França LMC, Amaral ACCZM. Aspectos ético-jurídicos da reprodução humana assistida. 2020, p. 313. Disponível em: [www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br).
70. Brasil. Projeto de Lei 1.851/2022. Diário Oficial da União, Brasília, 02/07/2022.
71. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.320, de 1º de setembro de 2022, Adota normas éticas para a utilização de 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 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção 1, p. 60. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118> Acesso em 12/08/2022.
72. Diniz MH. Dicionário jurídico. 2, ed., v. 3. São Paulo, 2005, p. 378.
73. Chinelato SJAA. Direitos de personalidade do nascituro. Revista do Advogado, São Paulo. 1992;(38), 21-30.
74. Chorão MB. Pessoa humana, direito e política. Lisboa: Imprensa Nacional -Casa da Moeda, 2006, p. 436.

75. Ferraz Júnior TS. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
76. Pereira CMS. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. 16. ed., v. V, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153.
77. Semião A. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed., rev. atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 65-80.
78. Monteiro WB. *Curso de Direito Civil. Parte geral*. 40, v. 1, ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva 2005, p. 53-55.
79. Tartuce F. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 11. ed., São Paulo: Método, 2015, p. 122.
80. Dias MB. *Manual de Direito de Famílias*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 12.
81. Miranda FCP. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 23.
82. Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.
83. Fachin LE. *Estabelecimento da filiação e a paternidade presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 19-30.
84. Miranda FCP. *Tratado de Direito de Família*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 23.
85. Barboza HH. *A proteção da identidade genética*. In: Almeida Filho A, Melgaré P. (orgs) *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33.

86. Barboza HH. Efeitos jurídicos do parentesco sociafetivo. Revista da Faculdade da UERJ -RFD, 2013;2(24), 118.
87. Almeida RB, Rodrigues Júnior WE. Direito Civil: famílias. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2010, p. 367.
88. Lôbo PLN. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista CEJ, Brasília. Out. 2004;(27), 47-208.
89. Venosa SS. Direito Civil: Direito das Sucessões. 18. ed., São Paulo: Atlas, v. 6, p. 12-152, 2017. E-book.
90. Tartuce F. Direito Civil: Direito das Sucessões. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 3.
91. Dias MB. Manual das sucessões. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124.
92. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 416. Compete ao juízo onde se processou a ação principal decidir sobre a verba honorária dela decorrente. Aprovada em 24 set. 2009, publicada no DJe em 05 out. 2009.
93. Brasil. Lei 11.135. Diário Oficial da União, Brasília, 19/07/2005.

