

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LORRANA REZZIERI

**DIREITOS HEREDITÁRIOS DO CONCEBIDO *POST MORTEM* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR
DO SOPESAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS SUCESSÓRIOS E CONSTITUCIONAIS**

Florianópolis – SC

2015

LORRANA REZZIERI

**DIREITOS HEREDITÁRIOS DO CONCEBIDO *POST MORTEM* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR
DO SOPESAMENTO ENTRE PRINCÍPIOS SUCESSÓRIOS E CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Renata Raupp Gomes,
MSc.

Florianópolis – SC

2015

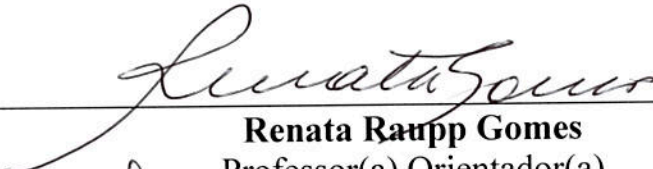
A aprovação da presente monografia não significará o endosso da professora orientadora, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

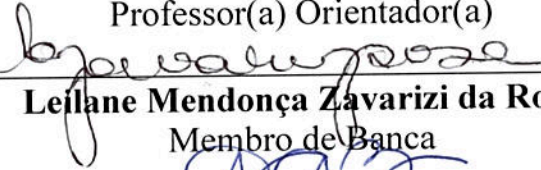
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Direitos hereditários do inseminado "post mortem" no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise crítica a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Lorrana Rezzieri**, defendido em **06/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

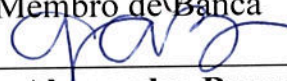
Florianópolis, 3 de Julho de 2015



Renata Raupp Gomes
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Lorrana Rezzieri**

RG: *5762611*

CPF: *084.386.439-73*

Matrícula: **11202670**

Título do TCC: **Direitos hereditários do inseminado "post mortem" no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise crítica a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais.**

Orientador(a): **Renata Raupp Gomes**

Eu, **Lorrana Rezzieri**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Lorrana Rezzieri

A Camila Noronha Martins Custódio, Luiza
Roberta Lernerneier Niels e às demais crianças
brasileiras frutos da técnica de inseminação
artificial *post mortem*.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, não poderia ser diferente, agradeço à minha família: mãe (Jaqueline Martins), pai (Antônio Rezzieri), irmã (Talisa Rezzieri), avó (Antônia Rezzieri) e bichinhos que tanto alegram o nosso lar (Lallinha, Si e Pi). Agradeço por ter chegado até aqui graças a vocês. Por terem me fornecido toda a estrutura e condições que eu precisava para alcançar esta importante, mas adiantado, não derradeira, etapa: a conclusão do ensino superior. Obrigada pela dedicação diária, preocupação constante, conforto proporcionado, pelo zelo e amor, enfim, por me cuidarem tão bem desde sempre e almejem, incessantemente, o melhor para mim.

Em seguida, agradeço a uma *pessoa sui generis* que muito me apoiou, sobretudo psicologicamente, nessa reta final da faculdade, Ricardo Fritsche. Obrigada pela compreensão e paciência nas horas (ou melhor, nos meses) em que eu precisei estudar para a OAB, concursos e elaborar o TCC – dias melhores virão! –, pelo carinho contínuo, pelos frequentes conselhos sempre se preocupando comigo... Pela intensidade em tudo que faz por mim. Obrigada por acreditar na minha capacidade e me estimular a ir além, junto a você.

Agradeço, ainda, aos amigos e às amigas que de alguma forma fizeram, fazem e farão parte da minha trajetória, principalmente à minha amiga muitíssimo especial, Ana Lídia Silva Alves, em quem confio e divido minhas alegrias e aflições e sempre está ao meu lado (às vezes, infelizmente, só no WhatsApp mesmo). Também à Fernanda Passos, um dos grandes presentes que o CCJ me deu e que carregarei para a vida. Obrigada, Ana e Fê, pela amizade verdadeira de vocês!

Agradeço, a seguir, a todos aqueles com quem tive a oportunidade de estagiar:

Escrivã Melissa Cavalca Andrade (primeiro estágio em um dos maiores cartórios do estado, onde o seu apoio para esse pontapé inicial foi fundamental – e também onde as dezenas de milhares de processos de execução fiscal conseguiram me mostrar o que é realmente um dia produtivo de trabalho!);

Juíza Substituta Andresa Bernardo (meu primeiro contato com a magistratura, com quem tive o privilégio de “substituir” no 1º Juizado Especial Cível, 1ª Vara Cível, 5ª Vara Cível, Vara da Infância e da Juventude, 1ª Vara da Fazenda Pública, Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Juizado Especial da Fazenda Pública, conhecendo, assim, um pouco de cada área);

Desembargador Sérgio Izidoro Heil (aprendizado jurídico na esfera criminal e também de vida com meu “amigo secreto” de Natal – “pense com amor, aja com amor, viva com amor e seja feliz!”);

Juiz Federal Henrique Luiz Hartmann, sua querida oficiala de gabinete Thaís dos Santos Ghisi e o inesquecível “Gab B” da 2ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal (muito além de “rostinhos bonitos”, exemplos de pessoas inteligentes e sensatas, às quais agradeço pelos dias aprazíveis e animados, mas sem deixarem de ser produtivos com os intermináveis processos previdenciários de “tempo rural”);

Procuradora da República Daniele Cardoso Escobar (obrigada pelas flores que deixavam o gabinete mais bonito, pela simpatia e humildade de sempre) e toda a sua carinhosa equipe do 6º Ofício do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa: Helô, Lu, Pri, Sônia, Hanna e Gui. Foi minha primeira experiência no Ministério Público, onde finalizei minha saudosa jornada de estágios fora da UFSC; e

Professoras Heloísa Maria Sobierajski, Grazielly Alessandra Baggentonss e Terezinha Elisabete Padilha, queridas orientadoras do EMAJ, onde tive o primeiro contato com a advocacia e pude vivenciar um pouco as emoções dessa desafiante profissão com as suas solícitas orientações.

Foram com essas competentes pessoas que tive meu primeiro contato com o mundo jurídico fora da sala de aula. Grande parte da bagagem de prática forense que hoje carrego atribuo ao conhecimento transmitido por elas.

Agora, como servidora da UFSC, agradeço àqueles com quem passo grande parte dos meus dias, os colegas do Gabinete da Reitoria, em especial da Secretaria de Aperfeiçoamento Institucional: Professor Marcelo Minghelli, Alberto Assis, Wilker Mazetto e Orlando Silva Neto (“o estagiário”, como ele mesmo carinhosamente se chama). Obrigada por proporcionarem agradáveis dias de trabalho e me apoiarem quando precisei na elaboração deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus colegas da faculdade pelos sorrisos, risos e choros diários, por tornarem meus dias mais alegres e leves, especialmente à turma com quem ingressei (2011.2), na qual fiz grandes amigos, dentre eles, José Victor Crepaldi e Ellora Patrício Arantes, e à 2010.2, que me acolheu tão bem e com quem terei o prazer de compartilhar a felicidade de, juntos, nos tornarmos Bacharéis em Direito pela UFSC. Em particular, à Gabriela Querino, minha dupla do EMAJ e de tantas provas, amiga desde o ensino médio, com quem terei a alegria de me formar novamente.

Por fim, agradeço a todos os brilhantes professores da UFSC com os quais tive a oportunidade de aprender a ciência jurídica, especialmente à Professora Renata Raupp Gomes, orientadora deste Trabalho de Conclusão de Curso, por sua tranquilidade e objetividade nas orientações e pelo talento intelectual e espiritual demonstrado em suas aulas, fonte inspiradora da admiração pelo Direito de Família e Direito das Sucessões. Não é por acaso que tantos acadêmicos optam por essas áreas para tema de Monografia e não foi por acaso que os formandos da turma 2010.2 a elegeram Patronesse na formatura (e estará fazendo a nossa “chamada final” muito em breve).

Minha gratidão a todos!

“No fundo, no fundo,
bem lá no fundo,
a gente gostaria
de ver nossos problemas
resolvidos por decreto

a partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela — silêncio perpétuo

extinto por lei todo o remorso,
maldito seja quem olhar pra trás,
lá pra trás não há nada,
e nada mais

mas problemas não se resolvem,
problemas têm família grande,
e aos domingos
saem todos a passear
o problema, sua senhora
e outros pequenos probleminhas.”

(Paulo Leminski)

REZZIERI, Lorrana. **Direitos hereditários do concebido *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro:** uma análise crítica a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais. 2015. 107 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo a possibilidade do filho concebido após a morte do pai, através de inseminação artificial homóloga, ser titular de direitos sucessórios de seu finado genitor, principalmente ser sucessor legítimo na qualidade de herdeiro necessário. Por meio do método de abordagem dedutivo e do método procedimental bibliográfico, divide-se em três capítulos, os quais abordam as técnicas de reprodução humana medicamente assistida, os direitos do filho concebido *post mortem* no Código Civil na perspectiva do Direito de Família e do Direito de Sucessões, em contraposição às normas principiológicas da Constituição Federal e, por fim, os projetos de lei existentes no Brasil – ante a falta de regulamentação legal do assunto até então – e as decisões judiciais que já foram proferidas acerca da matéria. Verifica-se que, segundo o artigo 1.597, III, da legislação civilista, a criança havida por fertilização *in vivo* posteriormente ao falecimento do pai é presumida concebida na constância do casamento e, por conseguinte, é considerada sua filha. Contudo, por outro lado, o artigo 1.798 do mesmo diploma legal impõe que somente são legítimas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão (em equivalência cronológica: ao momento do óbito), excluindo, portanto, o concepturo. São apresentadas, em seguida, três correntes: uma que defende que o concepturo não é detentor de nenhum direito hereditário; outra que entende ser ele titular apenas de sucessão testamentária, se assim o *de cuius* dispuser; e, ao final, a mais auspiciosa ao concepturo, pois se posiciona favorável ao direito à sucessão legítima e testamentária dele. Observa-se que os seguidores desta corrente enxergam o tema sob uma ótica constitucionalista, ao sobrelevarem os princípios da Carta Magna, mormente a igualdade entre os filhos prevista no artigo 227, §6º, em detrimento do princípio civilista da transmissão automática da herança (*droit de saisine*). Nessa esteira de pensamento, além daquele, elenca-se uma série de princípios da Lei Fundamental – dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, melhor interesse da criança e livre planejamento familiar –, a fim de demonstrar que a criança gerada pelo processo de procriação assistida deve ter os mesmos direitos que a criança nascida por reprodução natural, uma vez que não é justo que arque com os ônus da omissão infraconstitucional. Adverte-se, ainda, que para pleitear seu quinhão hereditário depois de finalizada a partilha dos bens pode fazê-lo por meio da petição de herança. Ao final, constata-se que os projetos do Legislativo em tramitação não contemplam a temática com todas as suas particularidades como mereceria, sendo o Projeto de Lei nº 115 de 2015 o mais pormenorizado dentre eles. Dos julgamentos analisados, não se localizou algum cujo mérito fosse especificamente o direito à sucessão do concepturo. Nota-se que eles se atêm à questão da necessidade (ou não) da autorização expressa do depositário do material fecundante para a utilização póstuma do seu sêmen criopreservado pela parceira supérstite. Em suma, conclui-se que o denominado “Novo” Código Civil (de 2002) não conseguiu acompanhar o progresso da ciência, quicá porque à época em que foi elaborado não se cogitava a hipótese de um falecido ter filhos, o que corrobora a imperiosa necessidade de adequar a legislação pátria à realidade dos tempos atuais.

Palavras-chave: Inseminação artificial póstuma. Direito de família. Direito das sucessões. Princípios constitucionais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A PROcriação HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO DE FAMÍLIA DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i> NA VISÃO DO CÓDIGO CIVIL	17
1.1 O porquê do recurso à medicina e quais as técnicas disponíveis	18
1.1.1 Características da inseminação artificial	24
1.1.1.2 A inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	27
1.2 O direito ao estado de filiação	28
1.2.1 Presunções de paternidade: análise das hipóteses <i>numerus clausus</i> do artigo 1.597	33
2. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i> NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL	41
2.1 O direito à sucessão do filho gerado por reprodução humana medicamente assistida.....	44
2.1.1 A inseminação artificial póstuma e a inexistência da concepção ao tempo da abertura da sucessão	50
2.1.1.1 A petição de herança e a sucessão do filho concebido após a morte de seu genitor	60
3. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i> NA ÓTICA CONSTITUCIONAL E A OPERACIONALIZAÇÃO DO ASSUNTO NA PRÁTICA. ..	64
3.1 A primazia da Constituição Federal e o princípio da interpretação conforme a lei suprema	64
3.1.1 Princípios constitucionais: uma vasta coleção principiológica a favor do inseminado <i>post mortem</i>	68
3.1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	71
3.1.1.2 Princípio da liberdade	72
3.1.1.3 Princípio da igualdade	73
3.1.1.3.1 Princípio da igualdade entre os filhos	75
3.1.1.4 Princípio do melhor interesse da criança	77
3.1.1.5 Princípio do livre planejamento familiar	79
3.2 A (des)necessidade do consentimento expresso do depositário do material genético para o uso além de sua vida e como o ordenamento jurídico pátrio está lidando com o assunto	80
3.2.1 Regulamentação legal	83
3.2.2 Interpretações judiciais	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
ANEXOS	107

INTRODUÇÃO

Em razão de uma disfunção biológica chamada infertilidade, não são todos os casais que podem concretizar o desejo da paternidade ou maternidade por meio do método natural. Felizmente, a Medicina brindou à humanidade um notável avanço na área da procriação: a possibilidade de gerar filhos artificialmente, por meio das técnicas de reprodução humana medicamente assistida.

No viés jurídico, o **problema** analisado no presente trabalho apresentará por premissa a seguinte indagação: “O filho concebido por inseminação artificial homóloga após o falecimento do genitor poderá sucedê-lo como herdeiro legítimo, de acordo com os princípios constitucionais e o Código Civil?”.

Para tanto, **objetiva-se**, em um primeiro plano, analisar a possibilidade do filho concebido por fertilização *in vivo*, posteriormente ao óbito de seu genitor, ser herdeiro legítimo, a partir de uma leitura principiológica da Constituição Federal frente à legislação civilista. Secundariamente, pretende-se estudar a proteção do concepturo na seara do Direito de Família; abordar a necessidade (ou não) de autorização expressa do *de cuius* para a utilização póstuma do seu material genético criopreservado e, também, demonstrar o quão deficitária se mostra a legislação em acompanhar os progressos da ciência.

Baseada no **método de abordagem dedutivo** e no **método procedimental bibliográfico**, a pesquisa **se justifica** à medida em que o “Novo” Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) não se apresenta tão novo assim em alguns aspectos, uma vez que se constata uma incapacidade legislativa em acompanhar a contínua evolução científica presente em nosso cotidiano.

Sob esse prisma, nota-se a **atualidade** do tema escolhido, porquanto o trabalho se propõe a abordar os avanços que não advieram com o diploma civilista, haja vista este não contemplar os desdobramentos que as inovações científicas produziram na área de reprodução humana medicamente assistida.

Isso porque o artigo 1.798 do Código Civil exclui o concepturo como pessoa legítima a suceder, contemplando apenas as pessoas nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão. Em contrapartida, o artigo 1.799, I, da mesma legislação, considera os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador e vivas estas quando da abertura da sucessão, capazes de suceder na sucessão testamentária. Noutro giro, a

Constituição Federal, norma suprema, veda, dentre outros preceitos, a discriminação entre os filhos e defende o superior interesse da criança e o livre planejamento familiar.

Ademais, não há uma legislação que preveja a necessidade (ou não) de consentimento expresso do depositário do material genético para o uso póstumo do seu sêmen criopreservado por sua companheira ou cônjuge supérstite. Tampouco há lei que regule o prazo máximo que a técnica poderá ser empregada a contar da data do passamento do genitor.

Essa ausência de regulamentação legal traz como consequência um cenário repleto de divergências entre os juristas, incumbindo ao julgador decidir se a solução mais adequada é: a) seguir o art. 1.798 e negar totalmente qualquer direito sucessório, tenha ou não consentido expressamente o *de cujus* em proceder à técnica de inseminação em um momento além de sua vida, sob o argumento de que o filho não estava concebido quando da abertura da sucessão; b) optar pelo art. 1.799, I, e conceder em parte os direitos sucessórios (somente a sucessão testamentária e se assim o testador o dispuser); ou c) aplicar a Constituição Federal e estender os direitos hereditários em todas as suas modalidades (sucessão legítima e testamentária) ao filho concebido por inseminação póstuma.

São questões jurídicas, sociais, morais e éticas envolvidas. Daqui para frente, dado o avanço da Medicina e a difusão crescente das técnicas de procriação artificial, talvez se enfrente não (só) a discriminação já existente entre filhos biológicos e filhos adotados, como também a discriminação entre filhos concebidos antes e filhos concebidos depois do óbito do genitor.

Nesse ponto, observa-se a **importância** da temática proposta, capaz de fomentar incessantes debates, o que demanda, para tanto, frequentes estudos e atualizações. Acredita-se, assim, que o trabalho possa ser uma contribuição para futuras discussões que eventualmente surjam acerca da possibilidade do concepturo se habilitar como herdeiro.

Ainda, nota-se nele **novidade**, tendo em vista que é um assunto que não se encontra exaurido quanto à sua melhor e mais justa solução. Muito pelo contrário, não há um entendimento pacificado por parte dos juristas e timidamente alguns de seus aspectos foram analisados em sede doutrinária e jurisprudencial.

Também, inegável o **interesse particular** pelo tema, por abarcar não só o Direito das Sucessões, mas também o Direito de Família e o Direito Constitucional, ramos jurídicos que sempre trazem à tona grandes polêmicas que afetam diretamente a vida das pessoas.

Estruturalmente, o trabalho será dividido em três capítulos.

O **primeiro capítulo** abordará aspectos referentes às técnicas de procriação humana medicamente assistida: o conceito e a finalidade do método, as causas da

infertilidade, quais as técnicas disponíveis (fertilização *in vivo* e fertilização *in vitro*) e qual a denominação do procedimento de acordo com a origem do gameta (homólogo ou heterólogo).

Explicará sucintamente a respeito da fertilização *in vitro*, para, em seguida, delimitar na inseminação artificial, analisando o seu histórico, os meios pelos quais é realizada (intracervical ou intrauterino) e a necessidade do consentimento livre e esclarecido do doador e do receptor do material genético nos termos da Resolução nº 2013, de 09 de maio de 2013 do Conselho Federal de Medicina.

Na sequência, dedicar-se-á ao Direito de Família, estudando o direito à filiação do concepturo e as hipóteses de presunção de paternidade previstas no artigo 1.597 do Código Civil, com ênfase ao seu inciso III, que cuida do momento em que se presumem concebidos os filhos havidos por inseminação artificial após a morte do pai. Serão apresentados enunciados do Conselho da Justiça Federal, com destaque ao Enunciado 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil, o qual faz referência ao mencionado inciso III acrescentando-lhe certos requisitos.

Por sua vez, no **segundo capítulo**, reservado ao Direito das Sucessões, de início serão apresentadas noções gerais deste ramo do direito, como em que momento se transmite a herança e qual a diferença entre sucessão legítima e testamentária, sucessão a título universal e sucessão a título singular.

Após uma concisa explanação a respeito do artigo 2º do Código Civil e das teorias do início da personalidade civil, analisar-se-ão os direitos hereditários do filho gerado por reprodução assistida com base no artigo 1.798 da legislação civilista.

Primeira e brevemente em relação ao filho havido por fertilização *in vitro post mortem*, porquanto nesta hipótese já existia um embrião à época da abertura da sucessão e, por consequência, embora ainda não nascida, a criança já estava concebida. Em seguida e em subseção apartada, por ser objeto do presente trabalho, serão estudados os direitos sucessórios do filho nascido por fertilização *in vivo post mortem*, uma vez que era apenas um sêmen quando da abertura da sucessão.

Neste estágio serão apresentadas três correntes doutrinárias acerca da possibilidade do concepturo suceder: a primeira, na linha do artigo 1.798, não concede qualquer direito hereditário, ao argumento de que sequer estava concebido no momento da transmissão da herança; a segunda, na esteira do artigo 1.799, I, defende o direito à sucessão testamentária, se assim for estabelecido pelo genitor e se o filho aguardado for concebido no prazo de dois anos da abertura da sucessão; por fim, a terceira confere direito à sucessão

legítima e à sucessão testamentária, sobretudo com fundamento no princípio da igualdade entre os filhos previsto na Carta Magna.

Ao final deste capítulo, será estudado como proceder à partilha da herança do filho concebido *post mortem* se for reconhecido tal direito, uma vez que o inventário já pode ter finalizado quando ele nascer.

Já o derradeiro **terceiro capítulo** será destinado à abordagem principiológica constitucional do tema. No início, ressaltar-se-á a supremacia da Constituição Federal frente ao Código Civil, a fim de demonstrar a sua importância e prevalência no ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, serão catalogados princípios extraídos do texto constitucional aptos a servir de fundamento ao deferimento do direito sucessório, seja legítimo, seja testamentário, ao concepturo: princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do melhor interesse da criança e do livre planejamento familiar.

Por fim, trará o posicionamento doutrinário acerca da necessidade do depositário do material genético autorizar o uso do seu sêmen criopreservado depois de sua morte. Posteriormente, serão examinados projetos de lei em tramitação acerca da temática para, ao término, colacionar algumas decisões judiciais que já foram proferidas no Brasil a respeito da reprodução humana medicamente assistida.

1. A PROCRIAÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO DE FAMÍLIA DO CONCEBIDO *POST MORTEM* NA VISÃO DO CÓDIGO CIVIL

A *procriação* humana medicamente assistida, também denominada de *reprodução* humana medicamente assistida, consiste em um processo no qual se utilizam técnicas da medicina para facilitar o encontro do material genético do homem com o da mulher, de modo a possibilitar a reprodução do ser humano. Basicamente, essas técnicas são utilizadas por casais inférteis ou por casais saudáveis, mas que, em razão de alguma deficiência biológica, poderão ter dificuldade de engravidar no futuro, isto é, se tornarem inférteis.

Nesse sentido, como conceitua Rolf Madaleno, é o “conjunto heterogêneo de técnicas empregadas com o intuito de combater a esterilidade do ser humano ou de prevenir enfermidades genéticas e hereditárias”¹. Ainda, nas palavras de Gustavo Pereira Leite Ribeiro, pode ser definida como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”².

Isso porque o direito à procriação não pode ser restringido pela infertilidade, ou em outras palavras, esta não pode exterminar o direito à descendência³. Assim, a reprodução assistida pode ser vista como uma garantia à família da possibilidade de gerar descendentes, viabilizando, assim, a lei da preservação da vida: a perpetuação da espécie. Ou seja, “são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza negou”⁴, afinal, “todos os seres vivos se reproduzem por ação própria e só assim é que a vida se conserva”⁵.

Neste capítulo, será apresentada a justificativa para um casal se submeter a uma técnica de reprodução humana medicamente assistida, quais são as suas características e no que consiste a inseminação artificial *post mortem*, aquela que ocorre posteriormente à morte do doador (ou depositário, a depender do contexto, conforme será estudado) de gametas.

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

² RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 286.

³ SILVEIRA, Gabriela Nogueira Tomaz da; ARAÚJO NETO, Henrique Batista. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no direito sucessório**. [20--?]. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038205.pdf>>. Acesso em 24 abr. 2015.

⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: RT, 1995. p. 26.

⁵ MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático da filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1984. p. 14.

Logo após a explanação dessa realidade fática cada vez mais difundida, que é a reprodução póstuma, serão apresentadas as consequências jurídicas no que tange à seara do Direito de Família.

De início, será abordada a filiação, relevante instituto que compõe o ramo, pois como acentua Arnaldo Rizzardo, “os filhos são uma das razões maiores do casamento, representando a continuidade da espécie, e sendo uma amostra do futuro da humanidade”⁶. Na sequência, serão apresentadas características do direito à filiação e será analisado se o filho concebido posteriormente à morte do genitor é detentor de tal direito.

Em seguida, conexas ao primeiro ponto, serão examinadas as hipóteses de presunções de paternidade enumeradas nos incisos do artigo 1.597 do Código Civil, com destaque especial ao inciso III e ao Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil, haja vista tratarem especificamente da inseminação artificial *post mortem*.

1.1 O porquê do recurso à medicina e quais as técnicas disponíveis

Em regra, considera-se que um casal é infértil quando está tentando engravidar naturalmente há pelo menos um ano (ou há dois anos na Europa) sem êxito⁷. As causas que levam à infertilidade são variadas e podem advir tanto do homem quanto da mulher ou de uma junção de causas dos dois parceiros. Segundo estudos médicos, do universo de casais que pretendem engravidar, aproximadamente 10% terá alguma dificuldade: “Em um terço desses 10%, as causas são femininas; no outro terço, masculinas e, no terço restante, devem ser atribuídas à associação de dificuldades dos dois componentes do casal”⁸.

As causas da infertilidade masculina estão relacionadas à insuficiência na quantidade e/ou qualidade de espermatozoides que chegam ao óvulo da mulher. Eles podem ter dificuldade em sua motilidade, assim como possuir alguma anomalia morfológica, o que prejudica a penetração no óvulo. A produção dos gametas masculinos (aptos à fecundação) pode ser prejudicada, dentre outros motivos, em decorrência do homem:

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011a. p. 337.

⁷ ABC.MED.BR. **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?** 2012. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-quais-sao-as-causas.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

⁸ DR. DRAUZIO. **Infertilidade**. 2011. Entrevista com Dr. Ricardo Barini. Disponível em: <<http://drauzioarella.com.br/mulher-2/infertilidade/>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

- possuir doenças da hipófise, da tireoide, da suprarrenal;
- ter sofrido traumas, problemas congênitos dos testículos, varicocele (dilatação anormal das veias testiculares), criptorquidia (deficiência na descida do testículo para a bolsa escrotal); e
- submeter-se à extirpação da próstata ou a outra cirurgia pélvica ou ser portador de diabetes (nesses casos, pode ocorrer o deslocamento do sêmen para a bexiga, em vez de para o pênis).⁹

Já as principais causas que provocam a infertilidade nas mulheres são:

- ovarianas: relacionadas ao desenvolvimento deficiente do óvulo e a distúrbios hormonais;
- tubárias: relacionadas à obstrução nas trompas, o que acarreta modificações na migração dos espermatozoides, bem como no ambiente da fecundação e transporte do pré-embrião ao útero;
- uterinas: anomalias do útero, a exemplo de miomas, infecções e más-formações que impedem a nidação (fixação do embrião na parede do útero);
- cervicais: alterações do muco cervical, dificultando a chegada dos espermatozoides às tubas uterinas;
- imunológicas: relacionadas às condições de adaptação dos gametas e fecundação e desenvolvimento do embrião;
- enfermidades: a exemplo da endometriose, que provoca alterações anatômicas e funcionais do útero, tubas e ovários.¹⁰

Desse modo, por vivenciarem alguma dessas causas que levam à infertilidade, muitos casais buscam recursos na medicina – as chamadas técnicas de reprodução medicamente assistida – para que possam ter sua aspiração à paternidade e maternidade alcançada.

Importa ressaltar que tanto o doador quanto a receptora do gameta devem atender aos seguintes requisitos: a) ser pessoa civilmente capaz, ou seja, ser maior de idade (ter mais de dezoito anos) e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais; b) se casada ou em união estável, ter autorização de seu cônjuge ou companheiro(a); e c) anuir, livremente, com a técnica por meio da formalização do *consentimento informado*.

⁹ ABC.MED.BR, 2012.

¹⁰ FERTILITY MEDICAL GROUP. **Infertilidade feminina**. [20--?]. Disponível em: <<http://fertility.com.br/infertilidade/causas-da-infertilidade-conjugal/infertilidade-feminina/>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

O *consentimento informado*, denominação encontrada na Resolução n.º 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM)¹¹, ou *consentimento livre e esclarecido*¹², nomenclatura utilizada na Resolução n.º 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde¹³, traduz-se em um formulário especial, de natureza jurídica contratual (uma vez que decorre de acordo de vontade das partes), celebrado com a clínica médica, no qual, por escrito, o doador e o receptor do material genético tomam ciência das etapas do procedimento pelas quais serão submetidos.

Por ser uma decisão que implicará uma séria consequência (o nascimento de um ser humano), é admissível a revogação dessa manifestação inicial de vontade até o momento anterior à fecundação (ou melhor, até a formação do embrião), visto que ainda “se estaria diante de mero material genético, [...] células que podem ser descartadas”¹⁴. Alguns fatores que podem levar o casal a adotar essa medida são a sua posterior separação ao momento da celebração do termo de consentimento, o acometimento de alguma enfermidade a um dos parceiros ou simplesmente o desejo de ter filho não mais prosperar.

Acerca de sua classificação, as técnicas de procriação assistida podem ser agrupadas em dois tipos:

- a) **fertilização *in vivo* ou intracorpórea**: a fecundação ocorre *in vivo*, isto é, no próprio útero da mulher, a exemplos da inseminação artificial e da transferência de gametas; e
- b) **fertilização *in vitro* ou extracorpórea**: a fecundação se efetiva em laboratório, fora do corpo da mulher, onde neste ocorre uma representação do ambiente das tubas uterinas em uma placa de cultura ou tubo de ensaio para, depois, os embriões serem transferidos ao útero materno.

Alejandra Ana Rotânia categoriza as técnicas de acordo com a complexidade. Para a autora, a primeira seria um procedimento de baixa complexidade, ao passo que a

¹¹ BRASIL. Resolução Conselho Federal de Medicina n° 2013, de 9 de maio de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM n° 1.957/10. **Resolução CFM n° 2.013/2013**. Brasília: Diário Oficial da União, 9 maio 2013. Seção 1, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹² *Livre* porquanto a vontade do paciente não pode ser eivada de vício e *esclarecido* pois a linguagem médica contida no termo de consentimento deve ser acessível àquele.

¹³ BRASIL. Resolução n° 196, de 10 de outubro de 1996. **Resolução CNS 196/1996**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/1996/reso196.doc>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 190.

segunda seria de alta complexidade¹⁵. Ainda, existem outras técnicas consideradas de alta complexidade que estão cada vez mais disseminadas, tais como a barriga de aluguel, a clonagem e o diagnóstico genético pré-implantacional¹⁶.

Cumprido destacar que o artigo 1.597 do Código Civil (CC) traz, de modo confuso e equivocadamente no contexto em que são inseridas, as expressões *fecundação artificial*, *concepção artificial* e *inseminação artificial*. Inclusive, o Enunciado 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, retifica que “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’.”¹⁷

Também importa saber que os procedimentos de procriação assistida são classificados de acordo com a origem dos gametas em homólogo e heterólogo.

Será **homóloga** a fertilização que ocorrer com a presença de gametas oriundos do próprio casal que irá conceber a(s) criança(s). Em contrapartida, **heteróloga** será quando na fertilização se utilizar do espermatozoide ou óvulo, ou ambos, provenientes de terceiros, que doam seus gametas a um banco de sêmen.

Nas palavras de Gabriella Bresciani Rigo: “a reprodução assistida homóloga encontra-se muito próxima do modelo clássico de parentalidade-filiação decorrente da reprodução carnal, já a heteróloga é mais próxima do modelo de adoção”¹⁸.

Especificamente em relação à inseminação artificial, técnica objeto deste trabalho, essa classificação pode assumir, respectivamente, a nomenclatura de autoinseminação e heteroinseminação.

Segundo ensina o Professor Reinaldo Pereira e Silva, a autoinseminação “pressupõe a existência de vínculo jurídico de natureza familiar (casamento ou união estável) entre o homem e a mulher em cujo organismo será depositado o sêmen daquele” – admitindo, portanto, o uso do sêmen tanto do marido quanto do companheiro – e a heteroinseminação é

¹⁵ ROTÂNIA, Alejandra Ana. **Dossiê reprodução humana assistida**. 2003. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em 23 abr. 2015.

¹⁶ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da Esmesc**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 19, n. 25, p.9-34, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaonenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

¹⁸ RIGO, Gabriela Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. 2007. 103 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 25

uma “combinação da chamada terapia da infertilidade com o moderno método de eugenia positiva (a criação de seres humanos de pretensa qualidade superior através do recurso a material genético masculino selecionado)”¹⁹.

Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão de França vão além e não exigem uma relação prévia, conjugal ou de companheiros, entre o casal. Elas distinguem os tipos de técnica de acordo com o vínculo socioafetivo que existirá com o filho a ser concebido:

Será homóloga quando a fecundação se der entre gametas provenientes de um casal que assumirá a paternidade e a maternidade da criança. Será heteróloga quando o espermatozóide ou o óvulo utilizado na fecundação, ou até mesmo ambos, são provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada.²⁰

Fabiana Digiacomo Chryssovergis, ao tratar do tema, destaca que a autoinseminação é indicada para indivíduos que apresentam problemas de infertilidade como “muco cervical de baixa qualidade, oligoastenozoospermia, defeitos nos mecanismos de ejaculação, presença de anticorpos antiespermatozóides no muco cervical, e até mesmo os casos de infertilidade sem causa aparente”²¹.

Já a heteroinseminação, para esta mesma autora, é recomendação recorrente nas hipóteses de “esterilidade masculina absoluta, como a azoospermia resistente à terapia e o hiponogadismo hipergonadotrópico, e também nos casos de qualquer grau de azoospermia, teratospermia ou quando a astenospermia do sêmen do marido resiste à terapia”²².

Apenas a título informativo, a respeito da fertilização *in vitro*, cabe assinalar que nesse procedimento se procura que o número de embriões fertilizados seja superior ao número de embriões que serão inseridos no corpo da futura mãe, para, caso a fertilização falhar, ainda haver material para posterior(es) tentativa(s), sem a necessidade da repetição de todo o procedimento e causando, assim, menos desgaste físico para a mulher e emocional e financeiro para o casal.

Isso porque não é assegurado que a fecundação se efetive no primeiro experimento, podendo ser necessária mais de uma fertilização em um mesmo ciclo. Afinal, o

¹⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. Os direitos humanos do concebido: análise biojurídica das técnicas de procriação assistida. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.) **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998. p. 47.

²⁰ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3127>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

²¹ CHRYSOVERGIS, Fabiana Digiacomo. **A inseminação artificial post mortem e o reflexo da prática no direito das sucessões**. 2010. 92 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. p. 34.

²² *Ibid.*, p. 31.

objetivo é que a probabilidade de engravidar seja próxima a de um casal fértil, a saber, 20% de chance.

Em relação ao número de embriões que serão implantados no organismo feminino, ressalta-se que a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2013/2013, na Seção I (Princípios Gerais), n.º 6, dispõe:

O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.²³

Dessa forma, deve-se atentar à faixa etária da mulher e à quantidade que será inseminada para evitar uma possível gravidez múltipla.

Por outro lado, se a tentativa de gravidez for exitosa e restarem embriões, estes embriões excedentários serão criopreservados a nitrogênio líquido até que o casal opte qual destino lhes serão dados. Aqui, deve-se atentar qual será esse rumo, visto que o embrião é considerado pessoa em potencial, sendo ilegal, por exemplo, o seu comércio. Normalmente, “há a cessão a casais incapazes de produzir embriões próprios” ou, apesar de capazes, “correm o risco de produzir filhos com defeitos”²⁴.

Por fim, quanto à transferência de gametas, espécie de fertilização *in vivo*, cumpre mencionar que é uma técnica semelhante à fertilização *in vitro* no seu estágio inicial (preparação do esperma e estimulação da ovulação). A diferença é que os materiais genéticos fecundantes masculino e feminino são misturados em um cateter e imediatamente são transferidos juntos no interior das trompas da mulher, ao contrário da *in vitro* na qual, reprehensive, a fecundação ocorre extracorporeamente.²⁵

No presente trabalho, serão estudados especificamente os aspectos da inseminação artificial homóloga, a fim de que, adiante, sejam analisadas quais as consequências que essa técnica de reprodução pode trazer à seara jurídica se realizada somente após o óbito do depositário dos espermatozoides.

²³ BRASIL, 2013.

²⁴ RIZZARDO, 2011a, p. 351.

²⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: Ltr, 2002. p. 58

1.1.1 Características da inseminação artificial

Com sua origem no latim, a palavra inseminação advém de *inseminatio*, em que *in* significa dentro e *semen*, semente.

Em animais, relata-se que a técnica foi inaugurada pelos povos árabes no século XIV (ano de 1332) na tentativa de criar raças de equinos mais resistentes. Contudo, historicamente comprovada foi a inseminação realizada, em 1779, pelo cientista italiano Lázaro Spallanzani, o qual colheu sêmen de um cachorro e o inseriu em uma cadela, dando a luz a três filhotes²⁶, observando, assim, que “o contato entre o fluido seminal e o óvulo é o requisito básico da fecundação em mamíferos”²⁷.

Já em seres humanos, a experiência inaugural remonta ao século XV, quando o método foi aplicado pelo médico Arnaud de Villeneuve na Rainha Joana, de Portugal, esposa de Henrique IV de Castela, que sofria de impotência sexual²⁸. Entretanto, a primeira gravidez por inseminação artificial que a história reporta e certifica ocorreu somente por volta de 1970, fruto do trabalho do médico inglês John Hunter, o qual realizou seu experimento em um casal cujo homem sofria de uma enfermidade no trato urinário (hipospádia)²⁹.

Conforme supramencionado, a inseminação artificial trata-se de uma técnica de reprodução medicamente assistida do tipo fertilização *in vivo*, na qual ocorre o depósito de sêmen no aparelho genital feminino por meio de métodos mecânicos, prescindido, assim, o ato sexual. Nas palavras de Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz, “consiste na substituição da relação sexual onde ocorreria a fecundação, tratando-se de pessoas saudáveis, pela união do sêmen ao óvulo, sendo auxiliar no processo reprodutivo”³⁰.

Sua recomendação está voltada para os casos de fator masculino leve, fator cervical, endometriose leve, infertilidade sem causa aparente, insucesso do coito programado ou uso de sêmen congelado ou de doador³¹. Ela, ainda, pode ser realizada por dois métodos: intracervical e intrauterino.

²⁶ INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL, [20--?].

²⁷ ROTÂNIA, 2003.

²⁸ CHRYSOVERGIS, 2000, p. 28.

²⁹ SILVA, André Ribeiro Molhano *et al.* As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV. **Dom Total**, [s.l.], [20--?]. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29661/as-primeiras-experiencias-de-inseminacao-artificial-foram-no-seculo-xiv>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

³⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização. Curitiba: Juruá, 2011. p. 43.

³¹ FERTILITY MEDICAL GROUP, [20--?].

No primeiro, o sêmen é inserido no cérvix (colo do útero) com a ajuda de uma seringa, reproduzindo o modo com o esperma é expelido pelo pênis quando da ejaculação. Por sua vez, no segundo, coleta-se o sêmen com uma alta concentração de espermatozoides, retirando substâncias que dificultam a sua fertilização e que possam ocasionar contração muscular uterina (eles recebem um tratamento no qual os “melhores” são selecionados). Após, objetivando-se aumentar a produção de ovócitos, é realizada uma estimulação ovariana com a ingestão de hormônios, para que, na sequência, os espermatozoides sejam inseridos, com um cateter, diretamente no útero.³²

Podem ser citadas duas vantagens desta modalidade em relação àquela: a presença do muco cervical para o deslocamento dos espermatozoides até o óvulo não se faz necessária e, uma vez que o sêmen é injetado na cavidade uterina, a probabilidade de ocorrer a fecundação aumenta, dada a maior quantidade de material fecundante masculino que já se encontra sadio neste local.³³

No tocante à inseminação heteróloga, oportuno salientar que se faz imprescindível resguardar o anonimato do doador, sendo princípio básico inclusive da já mencionada Resolução n.º 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina:

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

[...]

4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.³⁴

Alessandro Brandão Marques avalia que proteção da identidade das partes assegura que não existirá uma relação sentimental entre a criança e o doador:

Esta medida visa garantir uma completa inserção da criança na família, evitando possíveis perturbações psicológicas. Garante que nenhuma ligação afetiva ocorrerá entre a criança e o doador de gameta. Até porque, quem doa espermatozoides ou óvulos, assim não faz com a intenção de ser pai ou mãe, logo, não haveria utilidade alguma para a criança saber a sua identidade genética. De outra face, pelos mesmos motivos, não assiste ao doador o direito de futuramente reclamar judicialmente sua paternidade ou maternidade.³⁵

³² CHRYSOVERGIS, 2000, p. 30.

³³ LOUREDO, Paula. **Inseminação artificial**. [20--?]. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/inseminacao-artificial.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

³⁴ BRASIL, 2013.

³⁵ MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4267>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Na mesma linha de raciocínio, Wilza Carla Folchini Barreiros assevera que “ao fazer a doação o doador não tem qualquer pretensão em constituir parentesco, está agindo simplesmente por filantropia [...] há o abandono, sem possibilidade de retorno.”³⁶. Reitera-se, assim, a impossibilidade de em algum momento existir qualquer laço familiar entre o doador e o filho que o receptor conceberá.

Observa-se, dessa leitura, que há uma clara distinção entre **doador** e **depositário**: doador é aquele terceiro que deposita o seu gameta em um banco de sêmen com a finalidade de que desse material genético origine um filho de outras pessoas; depositário é aquele que criopreserva o seu material genético com o manifesto intuito de, a partir dele, gerar um filho seu.

Pode-se afirmar que na inseminação heteróloga, existe a figura do doador, enquanto na inseminação homóloga, há o depositário.

Outra característica primordial é a gratuidade do procedimento, o qual, nos termos da aludida Resolução, “nunca terá caráter lucrativo ou comercial”³⁷, pois se tiver será considerado ilícito. Isso porque, dentre outras questões éticas e legais, “a venda de gametas geraria um comércio imoral, calcado na dor das pessoas que não podem ter filhos e certamente representaria outro obstáculo ao tratamento que, pela complexidade das técnicas, normalmente apresenta altos custos”³⁸.

Por ora, conclui-se que a inseminação artificial, técnica de reprodução assistida intrauterina, pode ser realizada tanto com material genético dos futuros pais, sejam cônjuges ou companheiros, quanto com gameta proveniente de um terceiro doador, a depender da situação em que se enquadre o casal. E, em ambos os métodos, faz-se imprescindível o consentimento informado *e esclarecido* do doador (e do depositário) e do receptor acerca dos procedimentos a que serão submetidos.

Ainda, verificou-se que é uma técnica relativamente recente, visto que o primeiro caso bem-sucedido em seres humanos se deu somente nos anos de 1970, o que não compromete, no entanto, a credibilidade e confiabilidade do procedimento.

³⁶ BARREIROS, Wilza Carla Folchini. **Procriação artificial "post mortem"**: aspectos jurídicos e doutrinários. 1997. 81 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 08.

³⁷ BRASIL, 2013.

³⁸ OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de.; BORGES JR., Edson. **Reprodução assistida**: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei. São Paulo: Gaia, 2000. p.31

1.1.1.2 A inseminação artificial homóloga *post mortem*

A inseminação artificial homóloga *post mortem* ou póstuma é aquela efetuada pelo cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente após o falecimento do(a) depositário(a) do material genético. Essa situação ocorre principalmente quando este(a) é acometido de alguma doença grave, como por exemplo, uma neoplasia, e por ter de se submeter a fortes tratamentos médicos que podem comprometer a sua esterilidade ou fertilidade, tem o seu espermatozoide criopreservado, no caso de um homem, ou o seu óvulo, na hipótese de uma mulher. Neste trabalho, será cuidado, em específico, do material fecundante masculino criopreservado em banco de sêmen.

O procedimento da criopreservação (ou criopreservação) consiste em congelar espermatozoides em nitrogênio líquido a uma temperatura de -196°C , a fim de, como o próprio nome sugere, preservá-los e conservá-los. Contudo, como alerta Chryssonvergis, esta técnica ocasiona a morte de cerca de 25 a 50% deles, pois seus efeitos incidem em sua membrana e seu acrossomo.³⁹

A execução da técnica póstuma encontra-se prevista no capítulo VIII da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2013/2013 nos seguintes termos: “É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, **de acordo com a legislação vigente.**”⁴⁰ (grifou-se).

A única ressalva, portanto, é quanto à permissão do depositário para a utilização póstuma de seu material genético, que deverá se realizar nos moldes da lei em vigor. Acontece, contudo, que até hoje inexistente no ordenamento jurídico brasileiro uma norma (lei) que preveja as minúcias dessa aquiescência, como por exemplo, o momento que ocorrerá, quem poderá utilizar o gameta criopreservado e qual será (se é que haverá) o lapso temporal máximo para implantá-lo.

O fato é que o uso da técnica da inseminação após a morte do depositário tende a se difundir cada vez mais. A propósito, assim vem acontecendo desde o século passado, conforme afirma Barreiros ao relatar o caso de Alain Parpelaix, ocorrido em 1984 na França.

Parpelaix sofria de câncer de testículos e quando soube que o tratamento de quimioterapia poderia acarretar a sua infertilidade, depositou seu espermatozoide em um banco de sêmen. Apenas dois dias após o seu casamento, a fatalidade veio a ocorrer – Parpelaix

³⁹ CHRYSSOVERGIS, 2000, p. 45.

⁴⁰ BRASIL, 2013.

faleceu. Sua esposa e familiares solicitaram o material genético no local em que estava congelado, sendo negada, porém, a devolução. Originou-se, assim, uma ação para requisitá-lo judicialmente.⁴¹

A respeito do percurso dessa história e seu desfecho, Freitas acrescenta que:

O banco [de sêmen] alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial *post mortem*, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozóides não estavam mais próprios à fecundação.⁴²

Desde esse acontecimento, muitas discussões, de ordem moral, social, jurídica e religiosa, a respeito do uso do material biológico fecundante do falecido vêm à tona. No presente trabalho, o cerne da questão discutida será estritamente jurídico: no Brasil, se feita a inseminação artificial na circunstância narrada, a criança nascida desta concepção póstuma terá seus direitos no âmbito da família e das sucessões garantido do mesmo modo que as demais crianças geradas durante a vida dos genitores? A essa pergunta é que se buscará responder nas próximas páginas.

1.2 O direito ao estado de filiação

Desde os primórdios, o Direito se ocupou em regular as relações entre as pessoas e, mais especificamente o Direito das Famílias, em disciplinar os vínculos existentes entre os membros que integram essas organizações sociais, ainda que sejam agrupamentos informais que se consolidam por fatos naturais e não jurídicos.

À vista disso, o grande objetivo deste ramo, que é composto por normas e princípios, é o Estado tutelar, além das relações de cônjuges e companheiros, da tutela, da curatela e do bem de família, o elo existente entre pais e filhos.

A respeito de como ocorre, na prática, essa proteção estatal, Rizzardo destaca a relevância da participação do ente ministerial:

⁴¹ BARREIROS, 1997, p. 33-34.

⁴² FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. [20--?]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Douglas%20Phillips%20Freitas>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

Pela importância da família em qualquer sociedade civilizada ou não, tem a proteção do Estado, podendo considerar-se integrado ao direito público no sentido amplo, tanto que em todos os litígios judiciais que envolvem a mesma intervém obrigatoriamente o Ministério Público, que justamente representa a participação do Estado na composição das questões problematizadas.⁴³

Assunto essencial ao trabalho, a filiação é a relação que há entre o filho para com os indivíduos que o conceberam ou o criaram – contrapondo-se ao vínculo de paternidade ou maternidade, que ocorre do(a) genitor(a) para com seu filho. No linguajar jurídico, “é a relação de parentesco consanguíneo em primeiro grau e em linha reta, que envolve ou une uma pessoa àquelas que a reproduziram ou geraram”⁴⁴, “podendo, ainda (CC, arts. 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga”⁴⁵.

É preciso lembrar que nem sempre esse liame decorre de união sexual, pois pode provir (a) de inseminação artificial homóloga (CC, art. 1.597, III) (como ocorreu com Kim Casali, que foi artificialmente inseminada com esperma que seu marido, doente de câncer, havia depositado num banco de sêmen, em Londres, dando à luz, após 16 meses de óbito do esposo) ou heteróloga (adultério casto), desde que tenha havido autorização do marido (CC, art. 1.597, IV) ou (b) de fertilização *in vitro* ou na proveta (CC, art. 1.597), como se deu em 1978, com Louise, filha de Lesley e e John Brown, pois o óvulo de sua mãe foi extraído do ovário e fecundado em tubo de ensaio com esperma de seu pai, e colocado novamente no útero 7 horas depois.⁴⁶

Esse elo filho-pai repercute na esfera jurídica, originando uma série de direitos (e também deveres) do filho em relação ao pai e à mãe. Dentre os direitos, destacam-se:

o **estado de filho**, pelo que decorrem várias outras relações e direito de serem denominados filhos; o direito ao **uso do nome** dos pais, ou ao patronímico; o direito de **receber alimentos**, de **ser criado, educado**, e receber toda série de atenções e atendimentos que uma pessoa necessita até capacitar-se a subsistir por suas próprias condições; e a contemplação na **herança**.⁴⁷ (grifou-se).

[...] a condição jurídica de filho para obter não só direito ao nome, à educação, à **companhia dos genitores**, à sucessão, na qualidade de descendente a que o Código (arts. 1.829, I, e 1.845) outorga, em primeiro lugar, a **sucessão legítima**, e aos alimentos (CC, art. 1.696), mas também aos **direitos que decorrem do poder familiar** (CC, art. 1.630) e **da tutela**.⁴⁸ (grifou-se).

⁴³ RIZZARDO, 2011a, p. 1.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 338.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 478-479.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 479.

⁴⁷ RIZZARDO, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁸ DINIZ, *op. cit.*, p. 502.

Além dos direitos, Maria Helena Diniz, traz também dois deveres fundamentais a serem observados pelos filhos: “o dever de prestar obediência e respeito aos pais e os serviços próprios de sua idade e condição (CC, art. 1.634, VII)”⁴⁹.

Importa destacar que os direitos são garantidos independentemente do estado civil de seus genitores, porquanto “decorrem do simples fato da filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento, antes ou depois da união matrimonial ou paralelamente a esta, mas em união com pessoa estranha”⁵⁰.

Nesse ponto, convém recordar que a sociedade conjugal se extingue pela morte de um dos cônjuges (art. 1.571, I, CC⁵¹). Então, falecido um dos parceiros, o vínculo matrimonial se dissolve, contudo esse novo cenário não modifica o fato do filho aguardado continuar sendo um filho – independentemente de agora a mãe ostentar o *status* de viúva ou até mesmo estar casada com outra pessoa.

Daí já se tem o primeiro argumento favorável a concluir que o descendente inseminado após a morte de seu pai é sim filho na acepção jurídica do termo, uma vez que não importa o momento da concepção, tampouco a natureza do relacionamento do casal de genitores, mas sim o *estado de filiação* ou a *condição jurídica de filho*.

Em regra, nos termos do art. 1.603 do CC, a prova da filiação se dá por meio da declaração no registro civil de nascimento, o qual identifica a origem e demais dados concernentes ao estado de filiação da criança, como os nomes dos genitores. O Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves complementa que o reconhecimento de filiação pode ser realizado ainda por meio de: a) registro em Cartório de Registro Civil; b) escritura pública ou escrito particular; c) disposição testamentária; ou d) junto à autoridade judicial⁵².

Nesse mesmo sentido, Rizzardo ressalva com propriedade:

O registro, todavia, expressa não a única forma de prova da filiação, mas a mais certa e indiscutível. Não exclui outros instrumentos de demonstração, mesmo porque existem o testamento, a escritura pública, e o próprio escrito particular com firma devidamente reconhecida, segundo discrimina o art. 1º, em seus vários incisos, da Lei nº 8.560, de 20.12.1992⁵³.

⁴⁹ DINIZ, 2011, p. 502.

⁵⁰ RIZZARDO, 2011a, p. 338.

⁵¹ “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges [...]”

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013884457. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Palmeira das Missões, 26 de abril de 2006. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70013884457&num_processo=70013884457&codEmenta=1394130&temIntTeor=true>. Acesso em: 07 maio 2015.

⁵³ RIZZARDO, 2011a, p. 352.

E, ainda naquela decisão, o magistrado conceituou o reconhecimento da filiação como o ato declaratório, personalíssimo e irrevogável pelo qual se fixa, para efeitos jurídicos, as relações de parentesco com os pais e respectivos familiares⁵⁴.

No que tange às relações de parentesco, importa destacar quanto à relação que se estabelece com o filho havido por inseminação artificial heteróloga, que o genitor não contribuinte do material genético firma um parentesco civil (e não natural) com o seu filho, dado que não resulta da consanguinidade. E é nesse sentido o disposto no Enunciado 103, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

O Código Civil reconhece, no art. 1.593⁵⁵, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de **que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante**, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.⁵⁶ (grifou-se).

No caso da inseminação homóloga será uma relação de parentesco natural, tendo em vista que o gameta (ou os gametas) serão oriundos dos próprios genitores da criança que será concebida.

Acerca do direito de *ser filho*, ou melhor, o direito à filiação, o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece que é um direito “personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Personalíssimo, porque é inerente ao filho e somente ele pode exercê-lo, ainda que representado ou assistido; indisponível, pois o seu titular não tem poder de disposição, ou seja, é direito irrenunciável; e imprescritível, tendo em vista que pode ser exercitado a qualquer tempo⁵⁷.

A ação de prova de filiação é de caráter pessoal e somente pode ser proposta pelo filho. Caso venha a falecer, seus herdeiros poderão a ela dar prosseguimento, exceto se o feito for julgado extinto (art. 1.606, CC)⁵⁸. É ação imprescritível e a sentença que declarar a paternidade deverá ser averbada à margem do Registro de Nascimento (art. 29, §1º, alínea *d*, Lei n.º 6.015/73)⁵⁹.

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2006.

⁵⁵ “Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.”

⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, 2012.

⁵⁷ RIGO, 2007, p. 45.

⁵⁸ “Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.”

⁵⁹ “Art. 29. §1º Serão averbados: [...] d) os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos”

Por fim, apropriado recordar que o artigo 227, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988⁶⁰, o artigo 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶¹ e o artigo 1.596 do Código Civil, estabelecem, em idênticos termos, que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Vê-se que referidos dispositivos preceituam que, **sem exceções**, todos os filhos são considerados iguais. E, a partir do momento que consagram a igualdade absoluta entre os filhos, fazem com que não subsista a classificação que dividia os filhos em *legítimos* (gerados na vigência do casamento civil de seus pais), *legitimados* (gerados antes do casamento, que os legitima), *ilegítimos naturais* (nascidos fora do casamento, cujos pais não se encontravam impedidos de se casar à época da concepção) e *ilegítimos espúrios* (nascidos ou gerados quando seus pais se achavam impedidos de se casar)⁶² e, também, a divisão da filiação em matrimonial (decorrente da união de genitores casados antes ou depois da concepção) e extrapatrimonial (oriunda de pessoas impedidas de casar ou que não irão casar)⁶³.

Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva:

o art. 227, §6º, contém importante norma relativa ao direito de filiação, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas. Ficam, assim, banidas da legislação civil expressões como filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos, filhos incestuosos.⁶⁴

A partir dessa análise, conclui-se que o estabelecimento do vínculo de filiação, comprovado, nos termos do Código Civil, por meio do registro civil de nascimento, repercute na esfera jurídica, gerando uma série de direitos e deveres, tanto para o pai e a mãe, quanto para o filho. Também foram observados elementos favoráveis a inferir que o filho inseminado *post mortem* detém o estado de filiação (uma vez que este independe do estado civil dos genitores e em decorrência do princípio constitucional da igualdade entre os filhos), hipótese que será melhor esmiuçada na próxima subseção.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 jan. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 maio. 15.

⁶² RIZZARDO, 2011a, p. 342.

⁶³ DINIZ, 2011, p. 481.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 829.

1.2.1 Presunções de paternidade: análise das hipóteses *numerus clausus* do artigo 1.597

A *presunção da paternidade* adotada no sistema jurídico brasileiro tem por finalidade estabelecer o tempo da concepção e, assim, determinar a filiação, corroborar a paternidade e alicerçar os direitos e deveres daí advindos⁶⁵.

Já desde tempos antigos se procurou estabelecer um critério de modo a tornar certa a filiação. Há todo um mecanismo estruturado ou concatenado para a proteção dos filhos dentro de uma ordem familiar. E isto porque, ao longo dos tempos, sempre ficou demonstrado que a criação e formação do ser humano não podem prescindir dos meios naturais para tanto desenvolvidos, e que se concentram na família.

Daí se ordenar uma série de presunções a respeito da certeza da filiação em certos casos de concepção, quando ainda não casados os pais, ou até determinada época, após a desconstituição da sociedade conjugal.⁶⁶

São nesses termos que Rizzardo anuncia em sua obra o importante artigo 1.597 do Código Civil, o qual traz as hipóteses em que se presumem a concepção do filho quando da vigência do matrimônio:

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.

Vislumbra-se que o dispositivo legal se dedica apenas aos filhos concebidos durante o matrimônio e, desse modo, “despreza o legislador a **verdade biológica** e gera uma **paternidade jurídica**, estabelecida por presunção independente da verdade real. [...] Para o direito, pai é o marido da mãe”⁶⁷ (grifos originais), sendo denominada presunção *pater is est*, haja vista não haver plena certeza do vínculo biológico paternal, ao passo que a presunção maternal é *mater semper certa est*, pois existe uma presunção absoluta com base no fator biológico.

Como recordado por Maria Berenice Dias, as presunções de paternidade que serão estudadas também são aplicáveis aos casos de união estável, com a única diferença de que

⁶⁵ DIAS, 2011a, p. 360-361.

⁶⁶ RIZZARDO, 2011a, p. 348.

⁶⁷ DIAS, *op. cit.*, p. 354.

com o casamento, tem-se a prova pré-constituída da relação (a Certidão de Casamento), podendo qualquer um dos pais registrar o nascimento do filho em nome dos dois. Já na união estável, se inexistente prova da convivência dos companheiros, será necessário o reconhecimento da criança por ambos os genitores.⁶⁸

Ademais, uma vez que as técnicas de reprodução assistida estão ao alcance também dos casais homoafetivos (Resolução CFM n.º 2013/2013, II, 1⁶⁹), pode-se afirmar, nessa linha de raciocínio, que estes igualmente podem se valer das presunções do art. 1.597, até mesmo porque “a lei, ao gerar presunções de paternidade e maternidade, afasta-se do fato natural da procriação para referendar o que hoje se chama de **posse de estado de filho**, estado de filho afetivo ou filiação socioafetiva”⁷⁰ (grifo original).

Importa definir primeiramente que o período gestacional é compreendido desde o momento da fecundação ou concepção⁷¹ até o nascimento da criança.

O **inciso I** do transcrito art. 1.597 do CC advém do pressuposto de que o nascimento pode ocorrer, a contar da concepção, a partir do final do sexto mês. Esses “cento e oitenta dias, pelo menos” seriam o prazo mínimo estabelecido por lei para o desenvolvimento (início, meio e fim) da gravidez. Contudo, “se o nascimento acontecer logo após aquele período, mas apresentar a criança uma idade compatível com um período de gestação superior a cento e oitenta dias, é derruída a presunção”⁷². Da mesma forma, “o filho que nasce dentro de cento e oitenta dias do estabelecimento da convivência conjugal não desfruta do estado de filiação legítima”⁷³.

Ao se reportar a esse inciso, Diniz analisa que:

Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não do dia da celebração do ato nupcial, porque há casos de casamento por procuração. Assim, se a criança nasceu 6 meses após o casamento, presume-se ser filha do casal; se veio à luz antes desse prazo, não há qualquer presunção de sua filiação. Mas não se pode elidir a presunção da paternidade, nem contestar a filiação do nascido antes de 180 dias, exceto o marido, que tem o direito de contestar a paternidade de filho nascido de sua mulher (CC, art. 1.601).⁷⁴

⁶⁸ DIAS, 2011a, p. 355.

⁶⁹ “**Todas as pessoas** capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.” (grifou-se).

⁷⁰ DIAS, *op. cit.*, p. 357.

⁷¹ SEDICIAS, Sheila. **Fecundação**. [2013?]. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/fecundacao/>>. Acesso em: 02 maio 2015.

⁷² RIZZARDO, 2011a, p. 349.

⁷³ *Ibid.*, p. 349.

⁷⁴ DINIZ, 2011, p. 483-484.

Existe uma grande dificuldade em fixar o dia exato da concepção e, por conseguinte, a duração da gravidez, principalmente nos casos de mulheres que possuem vida sexual frequentemente ativa. A respeito dessa dificuldade em determinar o tempo, aponta Jesús Valdés que:

El momento preciso de la concepción es, al menos todavía hasta hoy, um misterio biológico impenetrable por lo que cualquier juicio está sujeto a grandes errores; para eliminarlos, para aproximarse a él em cuanto sea posible, hay que errumpir em la esfera de la intimidad, lo que a su vez supone multiplicar las ocasiones de grandes abusos, fraudes e chantages.^{75 76}

Por sua vez, no **inciso II**, os trezentos dias (aproximadamente dez meses) mencionados se referem ao tempo máximo que – raramente – pode durar uma gestação humana. Assim, se a criança nascer *até* trezentos dias após a dissolução do matrimônio (por morte, separação judicial ou anulação), presume-se que foi concebida na constância do casamento.

Entretanto, ao se fazer uma interpretação mais condizente do dispositivo legal, denota-se que a criança deve ter sido gerada no último dia de vigência do enlace matrimonial, pois, caso contrário (se gerada muito antes da dissolução), a gestação perduraria por mais de dez meses, o que é inconcebível quando se trata de gravidez humana. Nesse sentido, Diniz conclui que “[...] se nasceu após esse prazo legal, foi concebido após a morte do consorte ou após a nulidade ou anulação do casamento, separação judicial ou divórcio”⁷⁷.

Já os incisos III, IV e V estabelecem presunções decorrentes de técnicas de reprodução humana medicamente assistida.

O **inciso III** dispõe que se o filho for concebido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, será presumida a concepção na constância do casamento. Caso típico de inseminação *post mortem*, objeto do presente estudo, aqui se tem o segundo argumento a favor do ponto de vista de que o filho havido por inseminação artificial homóloga, mesmo após a morte de seu pai, é filho para fins de Direito, e obtém “por ficção jurídica, um lar, possibilitando a sua integração familiar e social, tendo em vista que a família monoparental é protegida constitucionalmente”⁷⁸.

⁷⁵ VALDÉS, Jesús. **La Procreación Irregular y el Derecho**. Madrid: Nacional, 1972. p. 179.

⁷⁶ “O momento da concepção é, pelo menos, ainda até hoje, um impenetrável mistério biológico de modo que qualquer julgamento está sujeito a grandes erros; para eliminá-los e se aproximar dele o quanto possível, devemos invadir a esfera da intimidade, o que, por sua vez, significa multiplicar as chances de grandes abusos, fraudes e chantagens.” (tradução livre)

⁷⁷ DINIZ, 2011, p. 485.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 485.

No entanto, o Enunciado 106, aprovado na I Jornada de Direito Civil, vai adiante e exige dois requisitos para que a presunção se sustente nesse caso: a mulher deve ser viúva quando for realizar a inseminação artificial e o *de cujus* deve ter autorizado, por escrito, o uso de seu gameta para além de sua vida:

Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na **condição de viúva**, sendo obrigatória, ainda, a **autorização escrita do marido** para que se utilize seu material genético após sua morte.⁷⁹ (grifou-se).

A doutrina também é firme quanto à exigência do consentimento do marido da mãe. Diniz, por exemplo, aduz que:

[...] o uso do material fertilizante depende de anuência prévia do doador, uma vez que tem propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo. Logo, deverá estar vivo, por ocasião da inseminação, manifestando sua vontade, após prévio esclarecimento do processo a que se submeterá (Resolução CFM n. 1.358/92, II, 2).⁸⁰

Retifique-se que a mencionada Resolução do CFM n.º 1.358/1992 foi revogada pela Resolução n.º 1.957/2010, a qual, por sua vez, teve sua revogação a partir da Resolução n.º 2013/2013⁸¹, exigindo, igualmente, a autorização prévia específica do falecido na seção VIII, anteriormente transcrita.

A autora vai mais além e indaga: se não houvesse a declaração do *de cujus*, existisse o sêmen congelado e fosse autorizada a inseminação, a criança seria filha de quem?

Embora fosse filha genética do marido de sua mãe, seria, juridicamente extrapatrimonial, não teria nem poderia ser registrada como filha do doador por ter nascido 300 dias após o óbito dele (CC, art. 1.598, 2ª parte). Nem haveria como explicar a paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte [...]⁸²

No caso em apreço, a saída para a criança ter seu pai registrado civilmente seria pelo inciso III, sob o argumento de que o dispositivo legal não exige a anuência prévia do doador. Contudo, deve-se ter uma leitura atenta desse dispositivo, combinando-o com o Enunciado da Justiça Federal e a Resolução do CFM, exigindo-se o consentimento do futuro genitor, haja vista que a paternidade deve ser desejada, e não imposta, e com o consentimento expresso não pairariam dúvidas quanto a esta. Ademais, sob a ótica da própria criança, se faria benéfica a exigência.

⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, 2012.

⁸⁰ DINIZ, 2011, p. 486.

⁸¹ BRASIL, 2013.

⁸² DINIZ, *op. cit.*, p. 485-486.

Seria, assim, uma hipótese de reconhecimento voluntário de paternidade que antecede o nascimento do filho, disposto no parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil⁸³. Esse reconhecimento formalizar-se-ia por meio de um ato solene, como por exemplo um testamento ou uma escritura pública, no qual o pai manifestaria que determinada pessoa *será* seu filho.

Em que pese Gonçalves sustentar que esse reconhecimento deve ser de filho já concebido, impende ressaltar que, *mutatis mutandis*, ele acontece, modo geral, “quando é forte a probabilidade de o reconhecente não sobreviver ao nascimento do filho, não sendo seu desejo sujeitá-lo às incertezas de uma ação de investigação de paternidade” e expressa “uma justa precaução do genitor que tem a consciência de ser o responsável pela gravidez comprovada”⁸⁴.

Cumprido destacar que o reconhecimento visa, no cenário moral, fixar vínculo de parentesco entre aquele que reconhece e o reconhecido e, no campo material, constituir obrigações alimentícias e relações sucessórias recíprocas entre pai e filho.⁸⁵

Por seu turno, o **inciso IV** também prevê uma hipótese de fecundação artificial homóloga, com a diferença de que nesse caso se trata de embriões (gametas manipulados *in vitro*) excedentários.

Embora não crie um impasse na área do Direito de Família, porquanto há previsão legal, acarreta óbice na seara sucessória, tal como o inciso anterior, uma vez que os embriões podem ser implantados *a qualquer tempo* (mesmo que falecido o genitor).

Esse dispositivo também encontra previsão no Conselho da Justiça Federal, no Enunciado n.º 107, o qual dispõe como requisito a necessidade de anuência prévia escrita das partes:

Art. 1.597, IV: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.⁸⁶

Assim, vislumbra-se mais uma vez a cautela em se exigir o consentimento do pai, respeitando, de tal forma, a sua vontade de procriar ou não.

⁸³ “Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável [...] Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.” (grifou-se).

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. v. 6. p. 346-347.

⁸⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 320.

⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, 2012.

Ao analisar os incisos III e IV, Silvio Rodrigues sustenta que na reprodução homóloga, *in vivo* ou *in vitro*, realizada na constância do casamento, não há dúvida quanto à paternidade do marido da mãe, haja vista que “sendo ele o fornecedor do material genético a conceber o filho de sua esposa, enquadra-se a situação nos incisos precedentes e, assim, dispensável seria o tratamento próprio”. Contudo, complementa o autor, “a dificuldade, nesses incisos, nasce da permissão outorgada pela lei em se promover a chamada inseminação *post mortem*, quando boa parte da doutrina e legislação estrangeira tendem a proibir essa procriação”.⁸⁷

Por fim, o **inciso V** prevê a presunção da concepção dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga (quando o sêmen é doado por um terceiro). Aqui, entretanto, na própria norma do Código Civil é ressaltada a necessidade de prévia anuência do marido para que se possa presumir que os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga foram concebidos na constância do casamento.

Nesse caso, o vínculo é jurídico, e não biológico, objetivando conferir força legal à manifestação de vontade declarada pelos pais. Por consequência, ao homem torna-se proibido contestar a paternidade⁸⁸. Nesse caso, pode-se afirmar que “a origem genética deixou de ser determinante para a definição do vínculo de filiação”⁸⁹.

Diniz faz a seguinte observação a respeito desse inciso:

A presunção do art. 1.597, V, visa a instaurar a vontade procriacional do marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inserminação artificial com esperma de terceiro negasse, posteriormente, a paternidade.⁹⁰

Nessa linha de raciocínio, no que concerne à autorização (ou a falta desta) do pai, é o previsto no Enunciado 104, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida,

⁸⁷ RODRIGUES, 2008, p. 315.

⁸⁸ RIGO, 2007, p. 47-48

⁸⁹ DIAS, 2011a, p. 357.

⁹⁰ DINIZ, 2011, p. 489.

dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.⁹¹

E sobre a natureza da presunção, Diniz defende, nessa hipótese, ser absoluta:

Justa não seria a permissão da propositura da ação, com o escopo de desconstituir o registro de nascimento pelo pai que reconheceu aquele filho, mesmo sabendo da inexistência do vínculo biológico, desde que esteja evidenciada a situação de paternidade socioafetiva. Por isso alguns autores, como Guilherme C. Nogueira da Gama, entendem que o art. 1.597, V, gera presunção *juris et jure*, assim, não será possível admitir, juridicamente, a impugnação da paternidade para aquele que anuiu no projeto de reprodução assistida heteróloga, observando-se o princípio da paternidade responsável (CF, art. 226, §7º).⁹²

Da análise do artigo 1.597 do CC e dos referidos Enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil de 2002, infere-se não haver entraves legais para o filho concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do pai ser reconhecido como tal, uma vez que existe a consonância entre a filiação biológica e registral e, também, a previsão legal de presunção de paternidade daquele que foi concebido por essa técnica de procriação medicamente assistida, ainda que já falecido o genitor e desde que haja a sua prévia autorização.

Ademais, caso posta em dúvida a paternidade do “pai legal”, uma alternativa para se descobrir a ascendência genética se dá por intermédio do exame de DNA. Isso porque a presunção do art. 1.597 admite a possibilidade de contestação da paternidade, se o marido tiver conhecimento de fatos novos posteriores ao enlace matrimonial⁹³, ou, principalmente, se for constatada a incompatibilidade genética.

A presunção de referido artigo, portanto, é *iuris tantum*, uma vez que admite prova em contrário por meio da ação declaratória de negação de paternidade, mas que “não incidirá se o filho nascer antes de a convivência conjugal completar cento e oitenta dias”⁹⁴.

Sobre a produção de prova no caso de vigorar a presunção relativa de paternidade, Diniz ainda assevera:

A prova contrária é limitada, porém, em relação a terceiros é absoluta, pois ninguém pode contestar a filiação de alguém, visto ser a ação para esse fim privativa do pai (CC, art. 1.601). [...] a presunção de que é pai aquele que o casamento demonstra; assim, presume a lei que o filho de mulher casada foi gerado por seu marido. Pai, até prova em contrário por ele próprio produzida, é o marido.⁹⁵

⁹¹ AGUIAR JÚNIOR, 2012.

⁹² DINIZ, 2011, p. 489.

⁹³ RIZZARDO, 2011a, p. 351.

⁹⁴ GONÇALVES, 2012a, p. 327.

⁹⁵ DINIZ, *op. cit.*, p. 483.

Ressalta-se, portanto, que apenas o pai tem *legitimatío ad causam* para propor a ação de contestação de paternidade, por ser o detentor do interesse moral e econômico envolvido. Todavia, caso faleça no transcurso da lide, seus herdeiros poderão prosseguir-la. É ação imprescritível (art. 1.601, *in fine*, CC)⁹⁶, resultando que “pessoas adultas poderão ter sua filiação impugnada pela ausência de vínculo biológico, jogando ao ‘alto’ a história de uma vida afetiva”⁹⁷.

Outrossim, segundo os ensinamentos de Orlando Gomes, a parte passiva é o filho, que, caso seja menor, pode ser representado pelo seu representante legal (no caso, o próprio autor) ou por um curador *ad hoc* nomeado pelo juiz, sendo necessária, também, a atuação do Ministério Público. Já a mãe poderá intervir na condição de assistente. A sentença deverá ser averbada no Registro de Nascimento da criança (art. 29, §1º, I, Lei n. 6.015/73⁹⁸) e é oponível *erga omnes*, produzindo, assim, efeitos perante todos os membros da família e da sociedade.⁹⁹

Oportuno salientar que os enunciados mencionados neste capítulo e os que serão apontados nos próximos, embora não carreguem força legal, são interpretações da lei aprovadas e “em regra, traduzem a opinião majoritária da doutrina e jurisprudência do Direito Civil Brasileiro, servindo de fonte confiável de interpretação”¹⁰⁰.

Depreende-se, destarte, que embora a hipótese do inciso III – inciso que mais interessa ao objeto do trabalho – não exija a prévia autorização do marido para o uso de seu sêmen depois do óbito, o citado Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal impõe como necessário tal formalidade, bem como que a sua esposa ostente o estado civil de viúva. Essas prescrições contribuem para corroborar a vontade do *de cuius* de ser pai mesmo após o seu decesso, além de evitar confusão quanto à paternidade da criança.

⁹⁶ “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.”

⁹⁷ DINIZ, *op. cit.*, p. 494 e 496.

⁹⁸ “Art. 29. § 1º Serão averbados: II - as sentenças que julgarem ilegítimos os filhos concebidos na constância do casamento e as que declararem a filiação legítima [...]”

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 350.

¹⁰⁰ FERNANDES, Marques. **Novos Enunciados CJF: VI JORNADA DE DIREITO CIVIL**. 09 abr. 2013. Disponível em: <<https://fmjur.wordpress.com/2013/04/09/novos-enunciados-cjf-vi-jornada-de-direito-civil/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

2. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO *POST MORTEM* NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL

Com a cessação da vida corporal, é necessário que outras pessoas assumam a titularidade do patrimônio daquele que se foi. Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira afirma que a sucessão enseja o prosseguimento de uma relação jurídica em outra pessoa, relação esta que findou para o *de cuius*, gerando uma modalidade de aquisição de direitos patrimoniais¹⁰¹.

Contudo, sucessão, aqui, limita-se àquela decorrente da morte (*causa mortis*), e não a transferência em vida: suceder aqui significa ocupar o lugar de um sujeito que faleceu, tomando os seus direitos de forma total ou parcial¹⁰².

Tais direitos que pertencem ao falecido fazem parte do que constitui o seu patrimônio, o qual pode ser definido em um sentido mais amplo, como aponta Arnaldo Rizzardo, o conjunto de bens, direitos e obrigações, ou mais concretamente, o saldo resultante da subtração do ativo e do passivo que permanece depois do evento morte¹⁰³.

O **patrimônio** está englobado naquilo que se denomina **herança**, a qual compreende uma totalidade de bens, dívidas, créditos, débitos, direitos, obrigações, pretensões e ações de titularidade do falecido (e também as ações transmissíveis que o constem como parte passiva)¹⁰⁴.

Portanto, patrimônio e herança não são sinônimos, uma vez que a herança compõe apenas o patrimônio transmissível do falecido. Direitos e obrigações de natureza personalíssima, por exemplo, são intransmissíveis. Salário, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e o dano moral, por outro lado, ainda são créditos postos em discussão se são transferíveis via sucessão ou não.

Por sua vez, “**espólio**”, “monte-mor” ou “monte-maior” é todo o patrimônio da pessoa falecida que é passível de transmissão, incluindo a meação do sobrevivente se houver. Assim, tudo que faz parte do espólio não é herança necessariamente.

A transmissão da herança ocorre de imediato à morte, o que significa que a abertura da sucessão equivale à morte. Neste momento, ocorre a transmissão automática e

¹⁰¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Curso de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Andes, 1954. p. 52.

¹⁰² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b. p. 01

¹⁰³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 7. p. 32.

imediate da posse e do domínio da herança.¹⁰⁵ O princípio basilar do direito das sucessões é o chamado *droit de saisine*¹⁰⁶, ficção jurídica pela qual se estabelece que o passamento do *de cuius* e a transmissão de seu patrimônio coincidem cronologicamente¹⁰⁷.

Importa salientar que essa transmissão automática se efetua de forma indivisa, ou seja, embora a morte transfira a posse e o domínio da herança, ela provoca uma composesse, um condomínio forçado entre os herdeiros. A cessação desse condomínio forçado acontece mediante a partilha, a qual será oportunizada a partir do inventário, que juridicizará a transmissão e possibilitará a partilha dos bens.

Por conseguinte, importa destacar que não existe herança de pessoa viva, uma vez que a qualidade de herdeiro apenas se configura quando do óbito de alguém¹⁰⁸. Qualquer negócio jurídico que verse sobre “herança de pessoa viva” (*pacto de corvina*) é nulo.

A lei que rege a sucessão é a que vigora na época da sua abertura¹⁰⁹, sendo que esta, em termos de competência territorial, ocorre no último domicílio do *de cuius*¹¹⁰, exceto no inventário extrajudicial¹¹¹, hipótese em que os herdeiros poderão intentá-lo no local que lhes aprouver, conforme o artigo 1º da Lei n.º 11.441/07¹¹².

O direito das sucessões se fundamenta no direito de propriedade, dada a possibilidade de transferi-la *causa mortis*, pois, caso contrário, não seria perpétua, extinguindo-se com a vida do proprietário. No ordenamento pátrio, as normas relativas ao Direito das Sucessões encontram-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 5º, incisos XXX e XXXI) e no Código Civil (artigos 1.784 a 2.027).

Quanto às modalidades de sucessões, há duas espécies: legítima e testamentária¹¹³. A **sucessão legítima** decorre de lei, sendo deferida conforme a ordem de preferência de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 da legislação civilista¹¹⁴, na qual

¹⁰⁵ “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

¹⁰⁶ Do vocábulo latino *sacire*, que significa “apoderar-se”.

¹⁰⁷ SILVA, Rodrigo Alves da. Princípio da saisine nas sucessões. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3443, 4 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23156>>. Acesso em: 30 maio 2015.

¹⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6. p. 34.

¹⁰⁹ “Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.”

¹¹⁰ “Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.”

¹¹¹ Vale lembrar que quando houver testamento o inventário deverá ser judicial.

¹¹² “Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.”

¹¹³ “Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”

¹¹⁴ “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;

uma classe de herdeiros só é convocada quando não existirem herdeiros na classe que a antecede. Por seu turno, a **sucessão testamentária** advém de disposição de última vontade, em testamento ou codicilo, por meio de ato personalíssimo, essencialmente revogável e que reflete a vontade livre e consciente do testador.

Simultaneamente, a sucessão poderá ser legítima e testamentária. Esta hipótese ocorre quando o testamento não compreender a totalidade de bens do falecido, os quais passarão aos seus herdeiros legítimos¹¹⁵. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge)¹¹⁶, ao testador só é permitido dispor de metade do seu patrimônio (quota disponível), pois a outra porção (legítima) é assegurada àqueles¹¹⁷. Se houver disposição testamentária além desse limite, será reduzida ao percentual de 50% da herança e o excesso será considerado ineficaz.

Outrossim, cabe destacar que existem dois tipos de sucessores: o sucessor a título universal e o sucessor a título singular.

Sucessor a título universal (ou herdeiro) é aquele que sucede ao falecido em uma quota ideal de patrimônio sem ter conhecimento, quando da abertura da sucessão, de quais bens específicos vão compor esse seu percentual. Apenas terá ciência por ocasião da partilha. É mais recorrente no Brasil, haja vista não se ter o hábito de fazer testamento aqui.

Sucessor a título singular (ou legatário), por sua vez, é aquele que recebe coisa específica, individualizada e destacada do conjunto patrimonial do falecido (singular pois vai receber apenas o bem determinado) e, portanto, já sabe de antemão no momento da abertura da sucessão. Para tanto, logicamente, faz-se necessário o *de cujus* ter deixado testamento, documento que formalizará e delimitará o direito sucessório do legatário.

Logo, na sucessão legítima, só é possível haver herdeiro; na testamentária, pode haver tanto herdeiro quanto legatário. Ademais, é possível a mesma pessoa ser herdeira e legatária (conforme denominam alguns doutrinadores: “prelegatária”).

No entanto, vale observar que o artigo 1.784 do Código Civil (CC) apenas prevê a transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários e silencia quanto ao legatário, o que significa que a posse do bem legado não se transmite desde logo ao legatário.

IV - aos colaterais.”

¹¹⁵ “Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.”

¹¹⁶ “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

¹¹⁷ “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”

“Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

“Art. 1.857. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.”

Isso porque quando o legado for puro e simples (sem encargo nem condição – arts. 125 e 136 do CC), o legatário deve requerer formalmente aos herdeiros, no inventário, que lhe seja entregue o bem, uma vez que não detém o direito de ingressar na sua posse por conta própria. Até mesmo porque o bem específico e determinado pode ter perecido ou ter sido vendido – portanto, não pode ser transmitido “desde logo”. Vale ressaltar, ainda, que se as dívidas forem de monta superior ao patrimônio do falecido, atingirão o legado.

Ainda quanto ao legado, importa mencionar, por fim, que quando houver no testamento disposição que ultrapasse a porção da legítima, impõe a Lei Civil que o excesso deve ser sempre reduzido primeiro da herança¹¹⁸, de modo a preservar o legado, que é uma vontade mais específica. Nessa perspectiva, as regras de redução de disposição testamentária visam à última vontade do testador, partindo do pressuposto de que a coisa legada é uma vontade individualizada e destacada do conjunto patrimonial.

Convém expor mencionadas classificações visto que o tema proposto abordará a possibilidade do filho, concebido por inseminação artificial após a morte de seu pai, ser sucessor a título universal e a título singular.

2.1 O direito à sucessão do filho gerado por reprodução humana medicamente assistida

O artigo 1.798 do Código Civil (CC) preceitua que são legítimas “a suceder as pessoas **nascidas** ou **já concebidas** no momento da abertura da sucessão” (grifou-se), de onde se conclui que, pelo diploma legal, a criança gerada após a morte de seu genitor não teria direito à sucessão legítima.

Em relação a este artigo, Flávio Tartuce e José Fernando Simão esclarecem que “não só as pessoas já nascidas, como também os nascituros, ou seja, aqueles que já foram concebidos, mas ainda não nasceram, terão direito a suceder legitimamente seus parentes, independente da existência de testamento que os beneficie”.¹¹⁹ São favoráveis, portanto, à aplicação da sucessão legítima ao filho que ainda não nasceu quando da morte de seu pai, mas

¹¹⁸ “Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes. § 1º Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.”

¹¹⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 23.

que já estava concebido. Seria o caso, por exemplo, de um casal cuja esposa já estava grávida e seu parceiro vem a falecer no decurso da gestação.

Também para os autores, o dispositivo corrobora a norma pela qual somente terá direito sucessório aquele que já tem personalidade jurídica material (personalidade relacionada aos direitos patrimoniais e obrigacionais) à época da abertura da sucessão.¹²⁰

De início, cabe lembrar que o art. 2º do CC resguarda os direitos do nascituro desde o momento da concepção, “salvaguardando-lhe, com isso, direitos a alimentos, à vida, a um curador, à herança, direito de receber doação, de ser reconhecido como filho”¹²¹, mas o início da personalidade civil – “qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos direitos e deveres”¹²² – tem como ponto de partida o nascimento com vida, o que leva o ordenamento civilista brasileiro a adotar, *prima facie*, a teoria do início da personalidade civil *natalista* – embora atualmente mitigada como será visto adiante.

O nascimento é o momento da separação do feto do corpo materno com vida, contudo o nascimento *com vida* é caracterizado primordialmente pela respiração do recém-nascido. Logo, assim que realizada a primeira troca oxcarbônica com o meio ambiente, esse ser que acaba de nascer torna-se sujeito de direitos e obrigações.

Para a teoria natalista, na vida intrauterina são garantidos ao nascituro expectativas de direito (direitos em potencial), sendo importante compreender que a sua personalidade:

não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.¹²³

Em apertada síntese, de acordo com a teoria sob análise, a personalidade opera-se somente a partir do nascimento com vida, momento no qual o *direito em potencial* converte-se automaticamente em *direito potencializado*.

Segundo ensina Maria Helena Diniz, a personalidade jurídica formal (atinente aos direitos personalíssimos, como a vida e a intimidade) está assegurada desde a concepção e a

¹²⁰ TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 23.

¹²¹ SOUSA, Priscila Meireles de. **O filho havido por fertilização *in vitro* homóloga e implantado *post mortem* como sujeito de direitos sucessório e de filiação**. 2014. 86 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122334>>. Acesso em: 02 jun. 2015. p. 32.

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 94.

¹²³ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 168-169.

personalidade jurídica material (direito à herança, à doação, entre outros) a partir do nascimento com vida:

[...] poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião concebido *in vitro* personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, ou melhor, aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* [...] passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, §3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá.¹²⁴

Da análise doutrinária, poder-se-ia questionar se não seria mais adequado separar as teorias em conformidade com a natureza da personalidade jurídica: teoria natalista para fins de personalidade jurídica formal e teoria condicional para fins de personalidade jurídica material. Isso porque parcela considerável da doutrina entende que os direitos formais estão garantidos desde o momento da concepção e os direitos materiais a partir do nascimento com vida.

Ainda a respeito da personalidade civil do nascituro, insta mencionar o Pacto de São José da Costa Rica e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O art. 4º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, dispõe que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua **vida**. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (grifou-se).

Acerca da recepção do Pacto, Priscila Meireles de Sousa sinaliza que se ele foi admitido pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal, deve ser aplicado diante do art. 2º do Código Civil e, por conseguinte, se obter a conclusão de que o nascituro adquire personalidade civil no momento de sua concepção.¹²⁵

Observa-se, portanto, que apesar de o dispositivo do Pacto trazer somente a proteção do direito à vida – e por ser um direito personalíssimo é protegido desde a concepção – interpreta a autora, contudo, que a personalidade civil, seja formal ou material, deve ser reconhecida desde a concepção.

Por sua vez, com destaque e relevância na jurisprudência, transcreve-se parte do voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade do Relator Ministro Ayres Britto da Corte

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 07.

¹²⁵ SOUSA, Priscila Meireles de. **O filho havido por fertilização *in vitro* homóloga e implantado *post mortem* como sujeito de direitos sucessório e de filiação**. 2014. 86 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122334>>. Acesso em: 04 jun. 2015. p. 35.

Suprema, o qual, ao julgar o uso das células-tronco embrionárias, mitigou a teoria natalista, agasalhando a concepcionista:

[...] A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. **A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica.** Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. **Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.** O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.¹²⁶ (grifou-se).

Feitas tais considerações a respeito do início da personalidade civil (e, por conseguinte, da aquisição de direitos pelo nascituro) e uma vez que já se sabe ser possível o congelamento de embriões excedentários e do sêmen, cabe analisar quais os seus direitos sucessórios.

Quando ocorre o congelamento de embriões que não foram utilizados, a polêmica é se esses possuem a condição de *nascituro* ou até mesmo, indagam alguns doutrinadores mais extremistas, se detêm o estado de *concebido*. Contudo, mesmo assim, o efeito sucessório decorrente da fertilização *in vitro* causa menos polêmica do o que da inseminação artificial, a qual será estudada a seguir.

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Distrito Federal, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

Analisa-se agora, mas longe de esgotar o assunto (até por não ser o objeto principal deste trabalho), o posicionamento doutrinário sobre os efeitos da fertilização *in vitro* no direito das sucessões:

Para Gabriella Bresciani Rigo, os estudiosos que negam o *status* de nascituro aos embriões congelados têm razão quando estes ainda não foram implantados. Nascituro seria somente aquele já fixado à parede do útero.¹²⁷

Sob outra ótica, os que conferem a tais embriões a qualidade de nascituro, argumentam que a vida se inicia no momento da fecundação do óvulo e do espermatozoide.

Deduz a autora que, caso seja feita uma interpretação literal da segunda parte do art. 1.798, evidente que os embriões congelados – independentemente de serem considerados nascituros – são legitimados a suceder, tendo em vista que no momento da abertura da sucessão já estavam concebidos.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira leciona que “deve prevalecer o entendimento de quem têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente concebidos ao tempo do óbito do *de cuius* (permitindo, por isso, a incidência da regra do art. 1.798 do novo Código Civil)”¹²⁸.

Nessa esteira de pensamento, analisa Eduardo de Oliveira Leite:

Em se tratando de criança concebida *in vitro* (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível já que a congelação do embrião permite sua conservação. **A criança herdaria de seu pai porque concebida na data da abertura da sucessão.** No caso de criança concebida, a máxima *infans conceptus pro nato habetur quoties ejus agitur*¹²⁹ confere a aptidão a herdar sob a condição de nascer com vida.¹³⁰ (grifou-se).

Para Diniz, embrião e nascituro são conceitos distintos, uma vez que este já passou pelo processo de nidação no útero materno. Assim, os embriões antes de serem implantados no útero não podem ser considerados nascituros, mas sim concebidos.¹³¹ Em outras palavras: todo nascituro já é considerado um concebido, mas a recíproca não é verdadeira.

¹²⁷ RIGO, Gabriela Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. 2007. 103 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 51.

¹²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. VI. p. 35.

¹²⁹ Tradução: "a criança concebida se tem como nascida já, toda vez que se trata do seu interesse e proveito".

¹³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI. p. 109-110.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 07.

Tartuce e Simão apresentam um posicionamento ainda mais extremado e defendem que o embrião não é considerado nascituro, tampouco concebido, só podendo herdar por meio de testamento, uma vez que “para a sucessão legítima, a regra de que a pessoa deva existir não comporta exceções, diferentemente do que ocorre na sucessão testamentária, em que podem ser chamadas a suceder pessoas não concebidas”¹³².

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka questiona se o embrião congelado deve ser visto como um nascituro ou como prole eventual e analisa qual a consequência jurídica sucessória que respectivas denominações produziriam:

Se forem considerados nascituros, terão adquirido a propriedade da quota-parte que lhes toque, o que pode causar inconvenientes gravíssimos se alguns forem embriões congelados. Se, por outro lado, forem considerados prole eventual, afastados da sucessão legítima, poderão restar excluídos da sucessão do pai ou da mãe que não conheceram, mas a quem devem a paternidade biológica.¹³³

Já da corrente que se mostra favorável ao percebimento da parte legítima da herança pelo embrião, Zeno Veloso acredita que é incontroverso o fato do embrião já estar concebido ao momento do óbito e sustenta que:

[...] mesmo depois da morte do pai, vindo o embrião a ser implantado e havendo termo na gravidez, o nascimento com vida e consequente aquisição de personalidade, este filho posterior é herdeiro, porque estava *concebido* quando o genitor faleceu, e dado ao princípio da igualdade dos filhos da Constituição Federal, art. 227, §6º. Com certeza não será por culpa do filho que nasceu depois, e era embrião quando o pai morreu.¹³⁴

Hironaka e Francisco José Cahali, ainda que se mostrem receosos quanto ao destino do patrimônio caso a criança nasça após já ter sido realizada a partilha entre os demais herdeiros, posicionam-se no sentido de que o embrião tem sim o direito da herança legítima, conforme se infere do trecho a seguir:

[...] embora a contragosto, conclui-se terem os filhos assim concebidos o mesmo direito sucessório que qualquer outro filho, havido pelos meios naturais. E estaremos diante de tormentoso problema quando verificado o nascimento após anos do término do inventário, pois toda a destinação patrimonial estará comprometida.¹³⁵

De acordo com os ensinamentos de Silmara Juny de Abreu Chinellato, embrião é um termo médico e não jurídico, não obstante muito mencionado em legislações. Dessa feita,

¹³² TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 26.

¹³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *apud* TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 24.

¹³⁴ VELOSO, Zeno. Comentários ao Livro do Direito das Sucessões. *In*: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75.

¹³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José *apud* TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 25.

para ela, “o vocábulo jurídico ‘nascituro’ inclui o embrião pré-implantatário, qual seja, aquele que ainda não foi inserido no ventre materno”¹³⁶.

Ao contrário de Diniz, portanto, para Chinellato independente do embrião ter sido implantado no útero da mulher ou não, ele sempre será considerado um nascituro, tendo, assim, seus direitos garantidos para ser titular de sucessão legítima: “deve ser tido como herdeiro legítimo, se houver coincidência entre a mãe que o gera e o gesta depois de um tempo de crioconservação”¹³⁷.

Para encerrar essa breve explanação acerca do direito à herança dos embriões crioconservados, cabe apresentar o Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal aprovado na III Jornada de Direito Civil, o qual entende que se deve fazer uma interpretação extensiva do art. 1.798 àqueles:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.¹³⁸

Chega-se à conclusão, dessa forma, de que na III Jornada de Direito Civil o embrião foi considerado um sucessor legítimo da herança de seu genitor, ao contrário da doutrina que ainda divide opiniões – ainda que seja mais lógico na acepção do termo reconhecer que o embrião já está concebido ao momento da abertura da sucessão e, por conseguinte, deve ter amplos direitos sucessórios.

2.1.1 A inseminação artificial póstuma e a inexistência da concepção ao tempo da abertura da sucessão

Importa agora analisar, como objeto deste trabalho, os *possíveis* direitos sucessórios do filho inseminado artificialmente, haja vista que foi – e aqui não resta dúvida – concebido após a morte do genitor. O *discutível herdeiro* não estava vivo, tampouco

¹³⁶ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Org.). **Novo Código Civil: Questões controvertidas**. Parte geral. São Paulo: Método, 2007. v. 6. p. 25-26.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

concebido, no momento da abertura da sucessão, razão por que não se enquadra na previsão do art. 1.798 do CC. Entretanto, ainda há a perspectiva de que venha a existir um dia, graças ao avanço da ciência em possibilitar a criopreservação do espermatozoide de seu falecido pai e à vontade de sua futura mãe em implantá-lo.

Para introduzir a controvertida situação jurídica que será estudada, o seguinte excerto redigido por Maria Berenice Dias ilustra os caminhos que essa discussão pode percorrer:

Suponhamos que uma viúva, meses depois do óbito do marido, respeitando a vontade deste, submeta-se a uma inseminação artificial homóloga *post mortem*, dando a luz a um menino, que foi registrado como filho do casal por declaração materna, baseada no art. 1.597, III, do Código Civil, e um dos filhos do *de cujus*, na qualidade de inventariante (CC, art. 1.615), vem a impugnar sua habilitação como herdeiro necessário. Seria cabível, ante a presunção *juris tantum* de paternidade, o ajuizamento de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, pedindo, ainda, a reserva de seu quinhão, até a decisão da investigatória? Ou bastaria apenas contestar a impugnação de sua qualidade de herdeiro? Se, pelo direito brasileiro, a herança se transmite no instante do óbito do *de cujus*, teria legitimação para suceder se não havia sido concebido, nem nascido por ocasião da abertura da sucessão? Teria ele, de *lege data*, direito à sucessão legítima?¹³⁹

De início, vale a reflexão de que **a criação de limitações temporais para implantar o material biológico do falecido no útero de sua parceira supérstite e a vedação do uso do sêmen após o decesso do doador se mostram insuficientes para coibir que a inseminação artificial aconteça**. O fato é que ela pode vir a ocorrer e a criança fruto dessa técnica não pode sofrer os ônus pela ausência de regulamentação legal.

[...] sendo a inseminação homóloga *post mortem* realizada, gostaria esse homem que seu próprio filho, gerado por sua viúva após sua morte, com seu material genético, ficasse desqualificado para suceder a ele? Que não recebesse a herança que lhe era devida, e ficasse desprovido de seus próprios direitos?¹⁴⁰

Como um meio alternativo de amparar, sucessoriamente, a criança concebida após a morte de seu pai, o Código Civil trouxe em seu artigo 1.799, inciso I, que serão chamados a suceder na *sucessão testamentária* “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo

¹³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 486-487.

¹⁴⁰ FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga *post mortem***. 2014. 57 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127075>>. Acesso em: 08 jun. 2015. p. 39.

testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Assim, caso a “prole eventual” seja indicada em testamento, poderá ser herdeira testamentária.¹⁴¹

Segundo Gislaïne dos Prazeres Soares Varela, prole eventual e filho concebido após a morte são conceitos que não se confundem, pois, para a autora, no caso da prole eventual, os futuros genitores devem sobreviver ao testador, o que implica que este, naturalmente, não pode ser um desses futuros genitores. A prole eventual, portanto, deve ser de outro casal – nunca do próprio *de cuius* – e ambos devem estar vivos.

[...] o reconhecimento da paternidade conferindo direito sucessório ao concebido após a morte, através de testamento deixado pelo doador do sêmen, não deve ser confundido com a prole eventual, (art. 1.799, inc. I, CC/2002) [sic] possibilidade de deixar em testamento um bem para um ser que ainda será concebido, mas que tem como requisito essencial a sobrevivência dos genitores da futura prole, ao testador.¹⁴²

Pensa-se, por outro lado, que o art. 1.799, em seu inciso I, não exige expressamente que ambos os pais estejam vivos no momento do passamento do testador, mas sim que o testamento seja destinado a prole eventual de alguém que exista e sobreviva ao testador. O autor da herança pode, assim, beneficiar a sua própria prole eventual, desde que viva a receptora do sêmen. A partir desse raciocínio, a sucessão testamentária do descendente concebido após o falecimento do pai encontraria respaldo nesse dispositivo legal.

Nesse mesmo raciocínio, mostra-se Dias: “em face das possibilidades de reprodução assistida *post mortem*, não há como impedir que sejam beneficiados os filhos eventuais do próprio testador”¹⁴³. Segundo a doutrinadora, o proprietário do material genético criopreservado pode indicar os seus filhos que serão concebidos como herdeiros eventuais¹⁴⁴.

Cumpre analisar, na sequência, o posicionamento da doutrina acerca da **titularidade (ou não) do direito à sucessão legítima** pelo concebido após a morte do autor da herança.

Com base no critério de classificação da defesa (ou não) do direito sucessório a essa criança, podem-se dividir os entendimentos a respeito desse assunto em três correntes¹⁴⁵:

¹⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XXI. p. 104-105.

¹⁴² VARELA, Gislaïne dos Prazeres Soares. **O direito sucessório do concebido após a morte**: análise doutrinária. 2006. 97 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaïne_Soares_Varela.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2015. p. 86-87.

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 347.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 347.

¹⁴⁵ Catarina Medeiros de Luca utilizou como critério de classificação em sua obra se o autor defendia o direito de família e/ou o direito sucessório. Por conta da delimitação do tema, focar-se-á em uma classificação que adote como critério apenas o direito sucessório.

A **primeira corrente**, a mais radical e repressiva, não reconhece nenhum direito hereditário ao filho concebido postumamente. Para seus seguidores, mesmo que a criança nasça com vida, a ela não é conferido nenhum direito de ordem sucessória em relação ao genitor que se foi, simplesmente por ser fruto de uma técnica de procriação humana assistida.¹⁴⁶

Mônica Aguiar defende que o óbito revoga a permissão do uso do material genético do *de cujus*, ou seja, sequer cogita a possibilidade de ocorrer uma reprodução póstuma. Porém, para a autora, caso a criança venha a nascer, será considerada apenas filha da genitora sobrevivente e, muito menos, terá o direito à herança de seu pai:

Somente é possível reconhecer a filiação a *matre*, afastada, de plano, a presunção prevista no inciso referido, por se tratar de norma inconstitucional, uma vez que violadora do comando expresso no artigo 5º, I da Constituição Federal, embora seja de lamentar a opção por uma orfandade arbitrariamente provocada.¹⁴⁷

Veemente contrário ao direito sucessório é Antônio de Pádua Leopoldo de Oliveira. Segundo o doutrinador, “a inseminação *post mortem* do marido não traz maiores problemas, pois a concepção se dará após o falecimento do pai, o que impossibilitará qualquer pretensão quanto aos direitos hereditários”¹⁴⁸.

Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado perfilham o entendimento de que quando a legislação se refere “a pessoas ‘já concebidas’”, está fazendo alusão ao nascituro, cujo conceito pressupõe gravidez, excluindo, portanto, dentre os legitimados a suceder [...] os filhos havidos por inseminação artificial ocorrida após a abertura da sucessão”¹⁴⁹.

Na mesma esteira de pensamento, encontra-se Eduardo de Oliveira Leite, o qual defende que os direitos sucessórios dessa criança não encontram amparo legal, sob o argumento de que não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Para o autor, deveria existir uma disposição expressa na legislação brasileira em prol desse filho, tal como ocorre no direito francês, que exige a vontade inequívoca do falecido por meio de ato notarial e fixa o prazo de 180 dias a contar do óbito para a inseminação ser realizada.¹⁵⁰

¹⁴⁶ LUCA, Catarina Medeiros de. O Concebido *Post Mortem* no Direito das Sucessões. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2010. Semestral. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹⁴⁷ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 119.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Antonio de Pádua Leopoldo de. Aspectos jurídicos da inseminação artificial. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et. al. **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 583.

¹⁴⁹ ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz *apud* TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 24.

¹⁵⁰ LEITE, 2003, p. 110.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama inicialmente acredita que não se deve permitir a implantação do gameta do marido já falecido, mesmo que este tenha manifestado que era o seu desejo, pois seria uma transgressão ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Contudo,

se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, **mas não para fins de direitos sucessórios**, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando o sêmen do cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil.¹⁵¹ (grifou-se).

Em outras palavras, o doutrinador arquiteta a possibilidade da genitora e dos profissionais executores da técnica serem responsabilizados civilmente pelos danos patrimoniais que a criança suportar por não ter recebido a herança de seu pai, uma vez que aqueles seriam os responsáveis por sua existência.

Em síntese, a ideia básica dessa corrente é a de que o projeto de paternidade e maternidade deve ser comungado por ambos os parceiros, não sendo correto o supérstite dar continuidade de forma unilateral a ele. Isso porque a vontade individual não é forte o suficiente para suprir a ausência da manifestação expressa da segunda vontade.

Noutro giro, a **segunda corrente** admite que o filho inseminado artificialmente *post mortem* seja contemplado no testamento (e desde que seja concebido no prazo de até dois anos contados da abertura da sucessão, nos moldes do art. 1.800, §4º, do CC¹⁵²), contudo ainda não admite a possibilidade do direito à sucessão legítima.

Destaque-se, curiosamente, que ao elaborar sua obra sob a égide do Código Civil de 1916, Eduardo de Oliveira Leite escreveu que “a estrutura atual da relação sucessória não permite, na sucessão legítima, consequências sucessórias ao nexo de filiação que porventura venha a ser assim tardiamente estabelecido”¹⁵³. E mais: “autorizada a introdução do embrião em mulher para sua gestação ou fecundação de óvulo pelo esperma crioconservado, para que haja o reconhecimento dos direitos sucessórios do novo ser humano será necessária a utilização de testamento por parte do doador”^{154 155}.

¹⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

¹⁵² “[...] § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

¹⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. 1995. p. 94.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 119.

Infere-se que sob a vigência do Código de 1916, este autor se filiava a essa corrente, ao passo que posteriormente à chegada do Código de 2002, mudou seu posicionamento ao não reconhecer o direito hereditário ao filho concebido *post mortem*, conforme visto quando estudada a primeira corrente.

Consoante Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, os direitos sucessórios do concepturo somente estarão salvaguardados se houver cláusula testamentária assim dispondo e desde que seja concebido no interstício de dois anos após a abertura da sucessão ou em outro intervalo menor fixado pelo falecido no seu testamento.¹⁵⁶

Heloisa Helena Barboza também é firme ao defender que “*de lege data*, o concebido após a morte do pai não tem capacidade para sucessão legítima [...] Há de restar inequívoco que depositou seu sêmen para este tipo de inseminação [...] Além disso deve ser inequívoca sua vontade de transmitir a herança ao filho ainda não gerado”¹⁵⁷, tal como Diniz, a qual igualmente se mostra favorável somente à sucessão testamentária:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador do sêmen de transmitir a herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem*.¹⁵⁸

Análoga é a opinião de Sílvio de Salvo Venosa, o qual adere à possibilidade do filho ainda esperado ser agraciado em testamento:

Os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O Atual Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamadas a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1799, I e 1800).¹⁵⁹

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, se inexistente a concepção laboratorial quando do falecimento do genitor, não haverá direito sucessório e,

¹⁵⁵ O Código Civil de 1916 dispunha em seu art. 1.718 que eram “absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos **não concebidos** até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e **existentes** ao abrir-se a sucessão.” (grifou-se).

¹⁵⁶ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6522>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁵⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face de inseminação artificial e da fertilização ‘in vitro’**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 54-55.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 550.

¹⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6. p. 229.

consequentemente, “uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo”. Todavia, poderá ser agraciado por disposição testamentária outorgada pelo pai em favor de prole eventual, com a condição de a concepção ocorrer no prazo de dois anos a partir da data do óbito, pois se realizada em prazo maior, o testamento padecerá de caducidade.¹⁶⁰

Observa-se, desse modo, que para essa segunda corrente o testamento serviria como um instrumento por meio do qual o depositário do material genético manifestaria sua vontade inequívoca de procriar para além de sua vida, de forma a não restar dúvidas, se assim estiver disposto, do desejo que seu filho seja titular de seus direitos patrimoniais. Assim, respeitar-se-ia a decisão do extinto, antecipadamente proferida.

Por fim, a **terceira corrente** é a mais favorável ao filho concebido *post mortem*, pois confere a ele direito à sucessão legítima e à sucessão testamentária. Para os defensores dessa corrente, o concepturo, assim que nascer, será um herdeiro legítimo, tal como qualquer outro filho.

José Luiz Gavião de Almeida é partidário dessa corrente ao colocar a Constituição Federal, especificamente os seus arts. 227, §6º, e 1º, III, acima de qualquer (falta de) previsão legal, defendendo que o concebido deve ter seu direito sucessório garantido como qualquer outro filho teria, haja vista o vínculo de filiação biológica existente. O autor também sustenta a aplicação do disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹⁶¹, os quais preveem, em caso de omissão da lei, a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais do direito, bem como a observância aos fins sociais e ao bem comum:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.¹⁶²

Ainda para o autor, o Código Civil de 2002 repetiu a disposição do Código Civil antecedente no que toca ao concepturo. A diferença é que o diploma de 1916 não tratava da filiação conferida ao filho inseminado *post mortem*, mas apenas se referia a ele quanto à

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 6. p. 654.

¹⁶¹ ALMEIDA, José Luiz Galvão de. *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 5. Direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 487.

¹⁶² BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de janeiro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 30 maio 2015.

sucessão testamentária, tendo em vista que naquele tempo não se cogitava a possibilidade de alguém ser pai depois de falecer.¹⁶³

Para ele, os artigos 1.798 e 1.799, I, são contraditórios, porque o primeiro dispõe que são legítimas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão, ao passo que este prevê que os filhos não concebidos podem ser herdeiros na sucessão testamentária, levando à errônea conclusão de que os filhos não concebidos somente poderiam herdar se estivessem contemplados em testamento. E, de acordo com o art. 1.597, III, os filhos havidos por inseminação artificial são filhos independentemente de terem sido concebidos antes ou após o falecimento de seu genitor (o vínculo de filiação biológica é inquestionável).¹⁶⁴

Assim, uma vez admitida a relação de filiação entre o concepturo e seu finado pai, não há o porquê de destituí-lo do direito de receber a parte legítima da herança deste. Essa mentalidade advém de resquício do passado, quando os filhos recebiam tratamentos distintos de acordo com a sua origem.¹⁶⁵

Consoante Chinellato, “negar a capacidade sucessória do concebido por inseminação artificial póstuma, consiste em retroagir ao sistema jurídico anterior, em que vigorava a discriminação entre os filhos”¹⁶⁶. Ao analisar o art. 1.597 conclui a autora que o art. 1.798 não é um empecilho à sucessão do concepturo, porém, para ela, deve haver a autorização expressa do marido anuindo com a prática da inseminação artificial após a sua morte¹⁶⁷.

Pereira também acredita ser admissível o concepturo (ou, nas palavras do autor, “nascituro equiparado”) ser herdeiro legítimo de seu genitor já falecido, ao argumento de que o art. 1.597, III, presume que são concebidos na constância do casamento o filho havido por inseminação artificial, ainda que falecido o marido:

Resta saber como semelhante ‘presunção’ (*rectus ficção*) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às ‘pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão’. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido ‘na constância do casamento’, estaria aparentemente preenchido o requisito para

¹⁶³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *apud* LUCA, Catarina Medeiros de. O Concebido *Post Mortem* no Direito das Sucessões. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2010. Semestral. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 25.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 104.

¹⁶⁵ LUCA, 2010, p. 26.

¹⁶⁶ CHINELLATO, 2007, p. 247.

¹⁶⁷ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18. p. 55.

sua legitimação sucessória: **seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero *concepturo*), plenamente equiparado ao que, já concebido por um processo natural**, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão.¹⁶⁸ (grifou-se).

Semelhante posicionamento é o de Carlos Roberto Gonçalves, o qual, com o propósito de reconhecer o direito sucessório a esse filho, vale-se da presunção de paternidade do Direito de Família e, também, do princípio da igualdade da filiação previsto no art. 227, §6º, da Carta Magna:

Se [...] na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga posterior ao falecimento do pai, como tendo sido ‘*concebido na constância do casamento*’, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição.¹⁶⁹

Dias ao ponderar o princípio da transmissão automática da herança com o princípio constitucional da igualdade entre os filhos infere que este tem um peso axiológico maior:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 277 §6º). **Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas não concebidas (CC 1.799, I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem***. Deve ser dada ao dispositivo interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe de herdeiros necessários. [...] Não se pode admitir que apenas com a existência de testamento estariam assegurados ao filho concebido após a morte do pai direitos sucessórios.¹⁷⁰ (grifou-se).

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho perfilha o mesmo pensamento. Segundo o autor, “vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho”¹⁷¹.

Silvio Rodrigues também se enquadra nessa corrente ao afirmar que o filho concebido por inseminação póstuma “será herdeiro em igualdade com os demais

¹⁶⁸ PEREIRA, 2007, p. 34.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 7. p. 76.

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125-126.

¹⁷¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório, Família e Dignidade Humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e dignidade humana**. São Paulo: IOB/Thomson, 2006. p. 169-191.

descendentes, ensejando até mesma a vulneração do inventário e até da partilha de bens se já realizada por ocasião do seu nascimento”¹⁷².

Na mesma linha se encontra Ana Sofia de Souza Fabre, a qual se mostra plenamente favorável ao deferimento da sucessão legítima ao herdeiro concebido após a morte:

A filiação da criança concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem* é assegurada no inciso III do artigo 1.597 do Código Civil. O texto da lei é claro e não abre espaço para interpretações. Uma vez que essa criança possui um pai, portanto, é consequência direta e obrigatória que ela tenha o mesmo tratamento dado a qualquer outro filho desse mesmo genitor, o que inclui não só, mas principalmente, o direito à sucessão legítima. Num mundo ideal, nenhum pai morreria sem que todos os seus bens e vontades estivessem dispostos em testamento, preto no branco, sem áreas cinzentas. Esse mundo, porém, não existe nem mesmo em países em que a sucessão testamentária é bem difundida, muito menos no Brasil, onde ainda prevalece a sucessão legítima.

Gama, ao analisar o art. 1.798 do CC, na III Jornada de Direito Civil, entendeu, a seu contragosto (uma vez que, como visto acima, ele é contrário à ideia do concepturo ter direito à herança de seu finado pai), que caso seja juridicamente admissível o emprego das técnicas de procriação humana assistida *post mortem*, deve-se fazer uma interpretação extensiva deste artigo aos futuros embriões (o sêmen e o óvulo criopreservados). Assim, para o magistrado, admitida a possibilidade do recurso às técnicas de reprodução assistida, deve-se considerar que o preceito legal se restringiu a expressar o que de fato objetivava.¹⁷³

Importa mencionar, por fim, que há quem defenda a legitimação sucessória dos filhos havidos por inseminação artificial póstuma, pelo simples – mas lógico – argumento de que se o extinto confiou seu material genético a um banco de sêmen é porque possuía o desejo de ser pai. Nesse sentir, entende Rigo que o simples depósito é a verdadeira concordância do falecido para a procriação¹⁷⁴.

Fabre, semelhantemente a Rigo, alega que o ato de depositar o material genético fecundante em um banco de sêmen é a maior evidência de que o homem possui o desejo de ser pai, inclusive depois de seu passamento:

É válido ressaltar que, ao deixar seu material biológico em um banco de criopreservação, com ou sem autorização expressa para utilização após a morte, um homem já está deixando clara sua intenção de gerar filhos no

¹⁷² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 315.

¹⁷³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de família e sucessões**. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/at_download/file>. Acesso em: 05 jun. 2015. p. 338-401.

¹⁷⁴ RIGO, 2007, p. 52-53.

futuro – do contrário, qual outro motivo de se gastar todo o tempo e o dinheiro envolvidos para preservar seu sêmen?

O caso é ainda mais claro quando se trata de material genético de homens que buscaram o banco de criopreservação antes de iniciar tratamento médico. Homens, que, sabiam, poderiam vir a morrer, e cujo sêmen ficaria no banco de preservação após sua morte.

Mesmo que quisesse esse homem apenas não descartar a possibilidade da paternidade futura ao começar o tratamento, ainda assim há um intento de paternidade. Se fosse sua preocupação que sua mulher pudesse usar seu material genético após sua morte para gerar filhos que ele possivelmente não gostaria de ter, que deixasse, aí sim, uma cláusula proibitiva expressa no próprio banco de sêmen, não permitindo sua utilização póstuma.¹⁷⁵

Atente-se que, para a autora, inversamente ao raciocínio dos seguidores da segunda corrente, somente se o homem não quiser ser pai após o seu decesso é que deve se manifestar por meio de uma cláusula escrita, junto ao banco de sêmen, proibindo este de utilizar o gameta criopreservado.

Curiosamente não se notam os doutrinadores discorrerem a respeito da possibilidade do concepturo ser legatário. Entretanto, cumpre elucidar que ele tem sim o direito ao recebimento de um bem legado, uma vez que este decorre de expressão de vontade do falecido, devendo apenas agraciar o concepturo em testamento com uma coisa específica e determinada de seu aglomerado patrimonial para, posteriormente, o filho pleiteá-la por meio de petição de herança, conforme será estudado logo em seguida.

Por tudo o que foi exposto, depreende-se que o artigo 1.798 deve ser lido com certa ressalva, porquanto prevê que a pessoa tem de ser nascida ou concebida na abertura da sucessão. Para contornar essa desigual situação, existe uma gama de princípios constitucionais que podem e devem ser aplicados e sobrepostos à legislação civilista.

2.1.1.1 A petição de herança e a sucessão do filho concebido após a morte de seu genitor

Muito além de reconhecer o direito à sucessão legítima ao filho concebido após o falecimento do pai, há a questão de: se reconhecido, como efetivar a partilha da herança depois de já findado o inventário?

O grande medo dos doutrinadores que defendem a proibição da prática é quanto à herança e suas reservas, e essa é de fato a maior problemática de toda a questão. Até que ponto pode-se reservar parte da herança para uma

¹⁷⁵ FABRE, 2014, p. 39.

criança que ainda nem foi concebida? Em que ponto seus direitos como filho esbarram nos direitos dos demais sucessores?¹⁷⁶

Com efeito, se a criança nascer depois de encerrado o inventário e feita a partilha de bens, poderá pleitear a herança de seu genitor mediante petição de herança: medida judicial prevista no art. 1.824 do CC¹⁷⁷ utilizada por qualquer herdeiro preterido na sucessão a fim de pugnar pela sua cota parte.

Leite entende ter a petição de herança dois objetivos: 1) consagração do preceito de que existindo mais de um herdeiro, qualquer um pode pleitear a totalidade da herança, uma vez que se encontra na condição de condomínio forçado; e 2) reconhecimento, pela vida judicial, de filho como herdeiro.¹⁷⁸

E embora seja uma ação declaratória, “a *petitio hereditatis* reveste igualmente de índole reivindicatória, pois busca o reconhecimento de uma qualidade pessoal inerente do herdeiro e, como consequência lógica, a entrega de bens que lhe pertencem”¹⁷⁹.

A respeito da propositura da petição de herança na hipótese de procriação póstuma, Luca sustenta que “A utilização da petição de herança busca [...] equilibrar os interesses da pessoa que foi concebida através da inseminação artificial *post mortem* com material genético do pai e, ao mesmo tempo, os interesses dos demais herdeiros”¹⁸⁰.

Na ação de petição de herança, deve o autor comprovar o seu vínculo de parentesco com o *de cuius*, bem como a sua qualidade de herdeiro, podendo cumulá-la com ação declaratória de investigação de paternidade. Todavia, deve-se alertar o prazo para intentar cada uma dessas ações, o qual inclusive possui entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não é a de petição de herança”.

Acerca do prazo para a sua propositura, doutrina Gama que:

[...] Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber,

¹⁷⁶ FABRE, 2014, p. 40.

¹⁷⁷ “Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui.”

¹⁷⁸ LEITE, 2003, p. 194.

¹⁷⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Direito civil: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6. p. 83-84.

¹⁸⁰ LUCA, 2010, p. 28.

aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.¹⁸¹

Segundo os ensinamentos de Luca, o prazo prescricional é de dez anos a contar do início da capacidade relativa para os atos da vida civil:

[...] a petição de herança somente pode ser acolhida, se intentada dentro do prazo prescricional de 10 anos¹⁸², contados a partir do falecimento do autor da herança. Mas, como não corre a prescrição contra os incapazes [sic], ou seja, os menores de 16 anos¹⁸³, entende-se que **a criança concebida através da inseminação artificial *post mortem* poderia se valer da petição de herança até 26 anos de idade.**¹⁸⁴ (grifou-se).

Da mesma maneira, Para Barboza e Gustavo Tepedino, o prazo prescricional geral de dez anos sofreria interrupção desde o nascimento do filho concebido *post mortem* até a cessação da capacidade civil absoluta:

O art. 1.597, incisos III e IV, do Código Civil contempla a denominada “inseminação artificial *post mortem*” e a possibilidade de utilização, a qualquer tempo – portanto, também após a morte do cônjuge –, dos embriões do casal que se encontrarem criopreservados. Não houve, contudo, estabelecimento de prazo para a possível gestação e o nascimento do filho assim gerado. Essa ausência de limitação temporal cria problemas de ordem prática no aspecto sucessório, especialmente no que respeita ao inventário de partilha dos bens do marido. Considerando que o vínculo de filiação assegurado pela presunção de paternidade gera efeitos extrapatrimoniais e patrimoniais, parece razoável manter-se o antigo entendimento do STF, seguido pelo STJ, mesmo após 1988, que diferencia tais efeitos nos casos de investigação (*post mortem*) da paternidade, cumulado com a petição de herança. De acordo com esse entendimento, os efeitos extrapatrimoniais atinentes ao estado de filiação são imprescritíveis; não assim a petição de herança, nitidamente de natureza patrimonial, que estará sujeita ao prazo prescricional geral de 10 anos, a ser interrompido após o nascimento com vida do filho, por força do disposto no art. 198, I, do CC, tudo conforme vem decidindo o STJ.¹⁸⁵

Ainda que existam referidas soluções jurídicas para rever a herança já partilhada, há de se ter ciência que certamente não será tarefa fácil, uma vez que há uma grande probabilidade de os demais herdeiros já estarem usufruindo de cota-parte recebida ou até mesmo de já tê-la usufruído por completo.

De fato, qualquer solução que viesse assegurar direito sucessório a filho oriundo de inseminação artificial (ou transferência de embriões) *post mortem* esbarraria em questões de ordem prática, como nas hipóteses em que o

¹⁸¹ GAMA, 2005, p. 401.

¹⁸² “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”

¹⁸³ “Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º [...]”

¹⁸⁴ LUCA, 2010, p. 28.

¹⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. Direito de família e sucessões. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/at_download/file>. Acesso em: 04 jun. 2015. p. 359.

nascimento se der após o encerramento do inventário, podendo ocorrer até vários anos depois. Imagine-se a conturbação proveniente de situações verdadeiramente deletérias, em que um filho do *de cuius* viesse a nascer anos após a realização da partilha, tendo como único fator de limitação o prazo prescricional da ação de petição de herança. E se os bens partilhados já houvessem sido gastos, sobretudo quando os herdeiros agiram de boa-fé? E será que os herdeiros existentes ao tempo da abertura da sucessão não teriam direito adquirido àqueles bens que herdaram quando inexistia esse “filho temporão”? [...]

Entendemos não ser função do juiz problematizar a aplicação da norma jurídica, quando do próprio sistema é possível extrair a solução que assegure o primado da Justiça pelo caminho menos tortuoso na acomodação dos interesses eventualmente em conflito.¹⁸⁶

Por outro lado, Fabre acredita que sopesando a segurança jurídica e o direito à sucessão de uma criança, não resta dúvida de que este deve prevalecer:

Quando não se possuem as armas jurídicas necessárias para adentrar uma batalha pelos direitos dessa criança, a última opção que existe é não fazer nada. Defender a proibição da prática pela insegurança jurídica que seus efeitos terão quando a criança for concebida é aceitar a falta de mecanismos do direito civil atual. Ainda, negar os direitos sucessórios a uma criança que já foi concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem* é ignorar os princípios basilares da legislação brasileira em prol da segurança jurídica – sem sentido e inconcebível.¹⁸⁷

Assim, verifica-se que, embora possa vir a causar algum transtorno para os herdeiros que já receberam sua cota parte da herança, há instrumento jurídico previsto no Código Civil para que, dentro de dez anos contados do fim de sua incapacidade civil absoluta, o descendente inseminado *post mortem* tenha acesso ao seu quinhão hereditário. Ademais, essa seria a solução dada a qualquer herdeiro preterido que quisesse pleitear a sua parte, não havendo razão para enxergá-la de modo pessimista, no sentido de ser uma medida mais dificultosa, apenas quando se tratar do concepturo.

¹⁸⁶ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Direito de família e sucessões. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/at_download/file>. Acesso em 05 jun. 2015. p. 395.

¹⁸⁷ FABRE, 2014, p. 37.

3. O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO *POST MORTEM* NA ÓTICA CONSTITUCIONAL E A OPERACIONALIZAÇÃO DO ASSUNTO NA PRÁTICA

No capítulo anterior, constatou-se que é mais defensável o direito sucessório do filho gerado a partir de fecundação *in vitro*, uma vez que já estava concebido à época da abertura da sucessão, do que da criança fruto de fecundação *in vivo* (inseminação artificial). Entretanto, de que forma alegar, sem ferir a Constituição Federal, que o fecundado *in vitro* possui direito à herança de seu pai, mas que o inseminado artificialmente não o possui? Como explicar que um filho é filho (afinal, o direito à filiação está assegurado), mas que não tem direito sucessório como os demais?

Neste capítulo analisar-se-ão quais os princípios constitucionais podem fundamentar o direito à sucessão, legítima e testamentária, dos filhos concebidos de pai finado. Isso porque, ao contrário da legislação infraconstitucional, notadamente o Código Civil, o qual é omissivo ao não tratar especificamente dos efeitos hereditários que a inseminação artificial *post mortem* pode ocasionar, a Carta Magna traz espalhada em seu texto uma gama de princípios que podem ser utilizados em prol dessa criança.

Para finalizar, a matéria será estudada sob outro ângulo: qual a repercussão do assunto na prática. Em primeiro lugar, serão examinados alguns Projetos de Lei que tramitaram e que estão em tramitação no Poder Legislativo. Em seguida, será analisado como o Poder Judiciário está “se virando” com o que existe de produção normativa no ordenamento jurídico atual para solucionar os casos que chegam a ele.

3.1 A primazia da Constituição Federal e o princípio da interpretação conforme a lei suprema

De início, em apertada exposição, importa compreender e enaltecer a importância do texto magno, “norma primária de produção jurídica”¹⁸⁸, no ordenamento jurídico pátrio quando da aplicação do direito.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941. p. 693.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, as características da Constituição como ferramenta destinada a conter o poder em prol das liberdades advieram dos postulados liberais que orientaram as Revoluções Francesas e Americana do século XVIII, em um cenário de carência de proteção da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor, “A compreensão da Constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno”¹⁸⁹, que se diferencia do que se vivencia hoje, o chamado constitucionalismo contemporâneo.

Situa-se no topo da pirâmide jurídica, motivo pelo qual também é conhecida por “Carta Magna”, “Lei Maior”, “Lei Fundamental” e tantas outras expressões que a elevam na qualidade de norma superior de todas as normas.

A sua prevalência quando em conflito com as leis infraconstitucionais ocorre porque aquela é resultado do poder constituinte originário, a qual dá início ao ordenamento jurídico, razão pela qual se impõe em relação às normas ditas inferiores¹⁹⁰. Paulo Bonavides leciona que “tanto os demais ramos do Direito Público como todo o Direito Privado se acham em posição de inferioridade e sujeição – nunca de igualdade e coordenação – em face do Direito Constitucional”¹⁹¹, porquanto este ramo “encabeça o ordenamento jurídico, traçando as regras básicas do sistema normativo”¹⁹².

Na mesma linha de raciocínio, Guilherme Peña de Moraes afirma que existe uma relação de subordinação das demais disciplinas com o Direito Constitucional: “o Direito Constitucional, de um lado, e o Direito Privado e Direito Social, de outro, também mantêm relações recíprocas, com a sujeição destes perante aquele, o que é evidenciado pela definição de institutos de Direito Civil [...] na Constituição da República”¹⁹³.

Para José Afonso da Silva, como consequência de ser uma Carta rígida¹⁹⁴ e, assim, haver maior complexidade para a sua alteração, torna-se “a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”¹⁹⁵ e as autoridades “só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais”¹⁹⁶.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 123.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48.

¹⁹² *Ibid.*, p. 48.

¹⁹³ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 07-08.

¹⁹⁴ Há uma forma solene para a sua alteração via Emenda Constitucional, sendo necessária a aprovação em dois turnos, por 3/5 dos membros das duas casas do Congresso Nacional (art. 60, §2º, Constituição Federal), diferente do que se exige no processo legislativo comum.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 46.

Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e, que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.¹⁹⁷

Em sentido semelhante, Moraes assevera que a supremacia da Constituição e a rigidez constitucional são princípios correlacionados, uma vez que a supremacia da Lei Maior inevitavelmente garante a sua rigidez, “posto que as normas constitucionais somente funcionam como fundamento de validade das normas infraconstitucionais na medida em que haja um procedimento dificultado de reforma constitucional”.¹⁹⁸

Conforme a doutrina clássica, se um ato for de encontro ao Texto Magno, padecerá de nulidade absoluta¹⁹⁹, “atributo negativo que corresponde a uma recusa de validade jurídica”²⁰⁰, dado que as normas constitucionais “constituem o fundamento de validade de todas as outras normas inferiores”²⁰¹. Consequentemente, “as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”²⁰².

Em razão dessa superioridade, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em conformidade com o Texto Supremo. No direito brasileiro, há inclusive o princípio (implícito) da *interpretação conforme a Constituição*, o qual, segundo Gilmar Ferreira Mendes, atuando como diretriz de prudência política (ou até mesmo de política constitucional), guia os operadores do Direito para que, ao se depararem com normas infraconstitucionais de variados significados, adotem a acepção que as tornem constitucionais – e não optem pelo sentido que enseje a sua declaração de inconstitucionalidade.²⁰³

Branco reforça essa ideia ao preceituar que quando o operador do direito interpretar uma lei deve levar em consideração aludido princípio, uma vez que:

não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição; ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem

¹⁹⁷ SILVA, 2004, p. 45.

¹⁹⁸ MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120.

¹⁹⁹ MENDES, 2012, p. 123.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 74.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 74.

²⁰² SILVA, *op. cit.*, p. 46.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 119.

com a presunção de constitucionalidade. Daí que, se uma norma infraconstitucional, pelas peculiaridades da sua textura semântica, admite mais de um significado, sendo um deles harmônico com a Constituição e os demais com ela incompatíveis, deve-se entender que aquele é o sentido próprio da regra em exame [...].²⁰⁴

Canotilho complementa que é um princípio de controle, possuindo como função garantir a constitucionalidade da interpretação. Para o autor, “no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição”²⁰⁵ – o que chama de “formulação básica”, a qual compreende os princípios da prevalência da Carta Maior, conservação de normas e exclusão da interpretação conforme o texto magno mas *contra legem*:

O *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, **só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais**; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins das normas, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição.²⁰⁶ (grifou-se).

Cabe esclarecer que, dentro da Lei Maior, todas as normas lá contidas guardam igual grau hierárquico entre si – inclusive as cláusulas pétreas, que se distinguem das outras normas quanto ao poder de reforma –, sendo hierarquicamente superiores apenas em relação às demais fontes do direito²⁰⁷. Até mesmo porque “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, é incompatível com o sistema de Constituição rígida”²⁰⁸.

Em suma, a característica da superioridade das normas constitucionais suscita duas consequências: além de acarretar a invalidade de uma norma infraconstitucional por

²⁰⁴ MENDES, 2012, p. 109.

²⁰⁵ CANOTILHO, 1941, p. 1.226.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 1.226-1.227.

²⁰⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 73.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Distrito Federal, 28 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1553954>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

estar em dissonância, também exprime a consequência de regular o conteúdo material destas normas hierarquicamente inferiores.²⁰⁹

Portanto, assenta-se que as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz das normas constitucionais, dada a supremacia da Lei Fundamental do Estado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, seja por ser produto do poder constituinte originário, seja por ser considerada uma Carta rígida.

A partir dessa premissa, conclui-se desde já, que o Código Civil, norma infraconstitucional, deve seguir os mandamentos do texto constitucional no que lhe couber, de onde se extrai que caso um ato seja praticado de acordo com a legislação civilista, mas em desconformidade com a Constituição, sofrerá do vício da nulidade absoluta.

3.1.1 Princípios constitucionais: uma vasta coleção principiológica a favor do inseminado *post mortem*

Antes de adentrar especificamente nos princípios da Constituição, importa saber o que são princípios.

Bonavides explica que os princípios recebem essa denominação, pois estão *ao princípio* e são premissas que demonstram *verdades primeiras*²¹⁰, sendo sua característica primordial o traço qualitativo de sua normatividade. É uma norma (ou “disposição que exprime norma”) provida de: a) um alto grau de generalidade; b) um alto grau de indeterminação (e que requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos); c) caráter programático; d) elevada posição na hierarquia das fontes do Direito; e) fundamental função num subsistema do sistema jurídico conjunto, tal como o Direito Civil; e f) é dirigida aos órgãos de aplicação das normas.²¹¹ O recurso aos princípios é uma necessidade de interpretar e integrar as leis²¹².

Branco trata em sua obra que as normas podem ser enquadradas em dois tipos, quais sejam, as regras e os princípios: “tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser [...] se valem de

²⁰⁹ MENDES, 2012, p. 74.

²¹⁰ BONAVIDES, 2010, p. 255-256.

²¹¹ *Ibid.*, p. 257-258.

²¹² *Ibid.*, p. 274.

categorias deontológicas comuns às normas – o mandado (determina-se algo), e a permissão (faculta-se algo) e a proibição (veda-se algo)”²¹³.

Quando da diferenciação de regras e princípios, é comum se valer de alguns critérios. Um deles é o critério da generalidade ou abstração: “Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto do que as regras”. Outro critério pode ser o da determinabilidade das hipóteses de aplicação da norma: “Os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata”.²¹⁴

Robert Alexy ensina que a colisão de regras e a colisão de princípios são resolvidas de modos distintos: na primeira hipótese, “é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida”; na segunda, “há que se apurar o peso (nisto consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso”.²¹⁵

Na mesma linha, para Ronald Dworkin, a diferença entre regras e princípios está na dimensão do peso, que somente os princípios possuem. Na colisão de dois ou mais princípios, seguindo a regra da ponderação de Alexy, o conflito deve ser resolvido “levando-se em consideração o peso de cada um”²¹⁶ naquela determinada situação.

Constata-se que para os dois autores, Alexy e Dworkin, a diferença entre princípio e regra é qualitativa e não apenas de grau de generalidade ou abstração.

Sem explorar a distinção entre regras e princípios como espécies de normas, Silva diferencia as normas dos princípios. Para o doutrinador, “*normas* são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo”²¹⁷, no sentido de que estabelecem direitos, mas, por outro lado, também impõem obrigações e deveres a pessoas, e os “*princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”²¹⁸, no sentido de que alicerçam os fundamentos básicos do ordenamento constitucional.

Ao tratar dos princípios constitucionais, Moraes se utiliza de diversos conceitos examinados acima, desde Mendes a Dworkin e Alexy, ao definir que são:

extraídos de enunciados normativos, com elevado grau de abstração e generalidade, que preveem os valores que informam a ordem jurídica, com a finalidade de informar as atividades produtiva, interpretativa e aplicativa das

²¹³ MENDES, 2012, p. 81.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 81.

²¹⁵ ALEXY, Robert *apud* MENDES, 2012, p. 84.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald *apud* MENDES, 2012, p. 82-83.

²¹⁷ SILVA, 2004, p. 91.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 92.

regras, de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, a teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente.²¹⁹

Conforme o doutrinador, os princípios constitucionais são recobertos de nove características: abertura, pluralidade, unidade, equilíbrio, hierarquia, polaridade, analogia, historicidade e interdisciplinaridade:²²⁰

Abertura, porque os princípios conformam um sistema axiológico [...], e não uma sistema axiomático [...]. Pluralidade, porque [...] estão dispersos pelo texto constitucional [...]. Unidade, porque [...] dispõem de estrutura sistêmica e coerência interna, sem embargo da possibilidade de concorrência, solucionada pelo método da ponderação [...]. Equilíbrio, porque [...] são reciprocamente implicados, sem a preponderância de uns sobre outros. Hierarquia, porque, malgrado não exista hierarquia normativa entre regras e princípios, eis que o gênero normas comporta as duas espécies, existe hierarquia axiológica entre elas [as regras] [...]. Polaridade, porque os princípios são revisitados a partir de sua própria contrariedade. Analogia, porque [...] são revelados por dedução, com espeque em valores, ou indução, com esteio em regras constitucionais. Historicidade, porque [...] são duradouros [...]. Interdisciplinaridade, porque [...] não são objeto exclusivo da ciência do Direito Constitucional.²²¹ (grifos originais).

Bonavides ensina que “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”²²². Para Silva, os princípios fundamentais do Título I da Constituição expressam a ideia de “mandamento nuclear de um sistema”²²³.

É notório que a família em específico recebeu um tratamento especial pelo legislador constituinte, fazendo-se “objeto de ampla proteção dos Poderes Públicos por preceitos expressos da Constituição contidos nos arts. 226, 227, 228, 229 e 230”²²⁴, previstos no capítulo VIII do título relativo à Ordem Social.

Dentre os princípios constitucionais, podem ser elencados como fundamentos aptos a autorizar a concessão dos direitos sucessórios à criança inseminal *post mortem* o princípio da *dignidade da pessoa humana*, da *liberdade*, da *igualdade*, da *igualdade entre os filhos*, do *melhor interesse da criança* e do *livre planejamento familiar*.

Consoante a classificação de Canotilho, alguns de referidos princípios se enquadram como político-constitucionais, outros como princípios jurídico-constitucionais. *Político-constitucionais* porque manifestam as decisões políticas assentadas em normas-princípio; são os princípios constitucionais fundamentais constantes dos arts. 1º ao 4º da Constituição. *Jurídico-constitucionais*, pois são princípios constitucionais gerais informadores

²¹⁹ MORAES, 2010, p. 92.

²²⁰ MENDES, 2010, p. 92.

²²¹ MORAES, *op. cit.*, p. 92-93.

²²² BONAVIDES, 2010, p. 258.

²²³ SILVA, 2004, p. 91.

²²⁴ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 49.

do ordenamento jurídico pátrio, os quais resultam de normas constitucionais ou são derivados de princípios fundamentais.²²⁵

Observa-se, assim, que os princípios, ao lado das regras, são espécies de normas que servem para iluminar, tal como o farol ilumina a estrada, a análise de um caso concreto. No caso em estudo, os princípios, mormente os constitucionais, têm como escopo auxiliar o jurista a decidir quais os efeitos jurídicos que a inseminação artificial póstuma poderá acarretar.

3.1.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Insculpido como fundamento da República Federativa do Brasil no inciso III do artigo 1º da Magna Carta, é um valor moral e espiritual próprio da pessoa, que proporciona unidade aos direitos e garantias fundamentais e tem por o escopo o respeito aos direitos fundamentais de cada um, tornando-se excepcional a limitação destes.²²⁶

Conforme as lições de Silva, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...] concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”²²⁷.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias, de todos os princípios, é o mais universal, podendo-se afirmar que é um macrop princípio do qual se disseminam os outros, como a liberdade, a igualdade e a solidariedade (um conjunto de princípios éticos).²²⁸

No contexto da reprodução assistida humana, Ana Sofia de Souza Fabre analisa que a criança gerada por essa técnica “não é mais nem menos filho que qualquer outro, e tanto sua dignidade quanto seus direitos devem lhe ser reservados desde o momento em que é concebido”²²⁹. Assim, haja vista **ser um ser humano dotado de necessidades vitais básicas, não há razão para que seja desprovida de sua herança**, a qual pode lhe assegurar, se

²²⁵ CANOTILHO, 1941, p. 1.665-1.666.

²²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

²²⁷ SILVA, 2004, p. 105.

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

²²⁹ FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga post mortem**. 2014. 57 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127075>>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 39.

imersa em um contexto de hipossuficiência financeira, o mínimo existencial e lhe garantir a sobrevivência.

Além da dignidade da criança, deve ser pensada a **dignidade da mulher supérstite**, uma vez que ela possui o desejo de ter filho, mas, por outro lado, perdeu um ente querido, restando-lhe apenas o material genético criopreservado deste para que possa concretizar o seu projeto maternal. Não se torna razoável negá-la o acesso ao sêmen congelado, descartá-lo e, via de consequência, ferir abruptamente a sua dignidade de ter um filho de seu finado marido.

3.1.1.2 Princípio da liberdade

Antes de adentrar no princípio propriamente dito, convém tecer algumas considerações a respeito do que consiste a liberdade. Derivada do princípio da autonomia da determinação individual²³⁰, Silva a classifica em duas categorias: liberdade interna (ou liberdade subjetiva/psicológica/moral/de indiferença/do querer/dos contrários) e liberdade externa (ou liberdade objetiva/de fazer)²³¹.

A primeira é o livre-arbítrio, “simples manifestação de vontade no mundo interior do homem. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários”. Isso porque, ao conhecer e compreender as alternativas contrárias existentes, internamente é possível se optar por uma delas.

“A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita e, aí, se põe a questão da liberdade externa”²³², que se traduz na manifestação externa do querer individual e provoca o distanciamento de imposições, de forma que o indivíduo tenha liberdade em suas ações²³³, “removidas quaisquer coações ilegais, ilegítimas ou ilícitas”²³⁴.

²³⁰ MORAES, 2010, p. 534.

²³¹ SILVA, 2004, p. 230

²³² *Ibid.*, p. 230.

²³³ *Ibid.*, p. 230-231.

²³⁴ MORAES, *op. cit.*, p. 534.

Particularmente acerca do *princípio da liberdade* estampado no preâmbulo da Lei Fundamental, Paulo Lôbo afirma que a liberdade de escolha é um requisito para que o princípio da dignidade humana seja efetivado, tendo em vista que **incumbe a cada indivíduo a escolha e a constituição de sua entidade familiar, não podendo o legislador estabelecer qual a família mais acertada para cada um**. Assim, tem-se que a inseminação *post mortem* é legítima com base no Código Civil, uma vez que este preza pela manifestação de vontade.²³⁵

Nessa linha de raciocínio, se a mulher pretender ter um filho de seu finado marido e tendo este deixado congelado o seu material genético para esse fim, não pode ser cerceada da sua liberdade de constituir sua nova entidade familiar, nos moldes que desejar.

3.1.1.3 Princípio da igualdade

Estabelecido no art. 3º, IV, do Texto Maior, como um dos objetivos fundamentais da República e no art. 5º, *caput*, como um direito fundamental, o *princípio da igualdade* atua em duas esferas. A primeira, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, quando aquele edita leis e estes atos normativos e medidas provisórias, obstando o tratamento diferenciado àqueles que se encontram em iguais condições. A segunda, na aplicação da lei e de atos normativos de modo igualitário pelo intérprete, em especial pela autoridade pública, sem qualquer distinção em decorrência de sexo, raça, classe social, religião, crenças políticas ou filosóficas.²³⁶

Em concordância, a lição de Dias ao afirmar que **o ordenamento jurídico garante o tratamento isonômico e a proteção igualitária a todos**. Expõe que *igualdade e justiça* são elementos intrinsecamente conectados: a justiça formal relaciona-se com a igualdade formal (tratar os iguais de forma igual); já a igualdade material consiste em tratar os desiguais de forma desigual.²³⁷

Moraes também faz em sua obra uma separação entre o princípio da igualdade formal (ou igualdade perante a lei, civil ou jurídica) e o princípio da igualdade material (ou igualdade na sociedade, real ou fática). Para o autor, o primeiro “assegura a produção e aplicação igualitária das regras jurídicas”, enquanto o segundo “objetiva a igualdade efetiva

²³⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

²³⁶ MORAES, 2012, p. 35-36.

²³⁷ DIAS, 2011, p. 65.

perante os bens da vida”. O autor acrescenta que são igualdades condicionadas, sob o argumento de que “a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração da estrutura social e econômica, mediante a remoção de obstáculo que impeçam a sua efetiva verificação”.²³⁸

Segundo Silva, “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia”, entretanto, ressalva o autor, “as constituições só têm reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal: *igualdade perante a lei*.”²³⁹, com o escopo de conferir igual tratamento a todos, mas sem considerar as diferenças (a chamada isonomia formal). Para o doutrinador, o *caput* do artigo 5º deve ser compreendido pelo intérprete de forma mais ampla, devendo cotejá-lo com outras normas constitucionais e com os preceitos da justiça social.²⁴⁰

Isso porque a Constituição não se restringe à simples proposição da igualdade perante a lei (isonomia formal), tendo em vista que também veda distinções de qualquer natureza e todas as formas de discriminação (isonomia material), pretendendo, assim, associar os dois tipos de isonomias.²⁴¹

O princípio da igualdade é lesionado quando “o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito”²⁴² e, desse modo, “toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama”²⁴³. Só será admissível um tratamento normativo diferenciado quando houver proporcionalidade entre os meios aplicados e a finalidade intencionada²⁴⁴.

Ao analisar o princípio sob o contexto da reprodução assistida, Fabre infere o seguinte:

A partir do momento em que nasce uma criança fruto de inseminação artificial feita com o material biológico de seu pai falecido, nasce um direito. Assim como nasce esse mesmo direito quando nasce qualquer outra criança, concebida a partir de qualquer outro meio de reprodução. Isso porque, conforme o *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’.²⁴⁵

²³⁸ MORAES, 2010, p. 96.

²³⁹ SILVA, 2004, p. 210.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 213-214.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 214.

²⁴² MENDES, 2012, p. 35.

²⁴³ *Ibid.*, p. 35.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 36.

²⁴⁵ FABRE, 2014, p. 37.

Dada a máxima da igualdade no ordenamento jurídico pátrio, se todos são iguais, não pode um filho ser excluído da sucessão de seu pai, pelo fato de ter sido gerado por meio de reprodução assistida, mesmo porque a transmissão do patrimônio *causa mortis* é assegurada pelo texto constitucional e, assim, o elemento discriminatório se situaria distante de estar a serviço de um propósito perseguido pelo Direito.

3.1.1.3.1 Princípio da igualdade entre os filhos

Estampado no art. 227, §6º, da Constituição, a supremacia do *princípio da igualdade entre os filhos* atinge os vínculos de filiação, ao proibir qualquer espécie de designação discriminatória quanto aos filhos²⁴⁶. Segundo esse preceito, todos devem receber o mesmo tratamento no mundo jurídico, inclusive aqueles concebidos por técnicas de reprodução assistida²⁴⁷.

Não destoia o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, ao contrapor que **se na sucessão legítima os direitos sucessórios dos filhos são iguais, não haveria o porquê de excluir os direitos dos filhos concebidos por fecundação artificial homóloga após a morte do pai – ainda mais quando o próprio Código Civil prevê que se presumem como gerados na constância do casamento**, como estudado anteriormente. Do contrário, seria aceitar a existência de filho sem direitos sucessórios.²⁴⁸

A respeito do mencionado dispositivo constitucional, na mesma esteira de pensamento, aduz Sílvio de Salvo Venosa que se o descendente sempre é sucessor de seu ascendente no vínculo da adoção, o mesmo raciocínio se aplica às outras categorias de filiação. A Constituição foi o grande marco que igualou os direitos dos filhos, não se admitindo mais, a partir de sua vigência, a distinção de qualquer direito sucessório entre os descendentes. Afinal, prossegue o autor, as leis posteriores à Carta Maior tão somente regulamentaram os princípios já determinados nesta.²⁴⁹

²⁴⁶ DIAS, 2011, p. 65

²⁴⁷ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da Esmesc**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 19, n. 25, p.9-34, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 19.

²⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 7. p. 76.

²⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 7. p. 124.

Silvio Rodrigues corrobora as lições acima, afirmando que os descendentes da mesma classe possuem o mesmo e igual direito hereditário de seus ascendentes (art. 1.834, CC), não podendo ser discriminados por qualquer razão, de acordo com a Constituição Federal. Ressalva a única preferência autorizada no direito sucessório do País, a regra do art. 1.833 do Código Civil, a qual prevê que, entre os descendentes, o grau de parentesco mais próximo exclui o mais remoto, exceto o direito de representação.²⁵⁰

O §6º do art. 227 da Constituição é trazido à tona por estudiosos do tema, conforme se verificou inclusive no capítulo anterior quando do estudo da terceira corrente doutrinária. Mário Luiz Delgado também o menciona ao mostrar que há dois caminhos quando se questiona se o filho inseminado após a morte do doador do material genético possui ou não direito sucessório: um segundo o Código Civil (desfavorável ao inseminado); outro, seguindo a Lei Fundamental (favorável ao concepturo):

Poderíamos principiar diferenciando as hipóteses em que **a fertilização se deu quando já estava morto o doador do material fecundante**, daquelas em que a fertilização se deu anteriormente, in vitro, tendo, tão-somente, a implantação do embrião se dado após a morte do pai. **Na primeira hipótese, a solução lógica seria a de que o filho havido não teria direito sucessório algum, porquanto ainda não ‘concebido’ à época da abertura da sucessão.** Na segunda hipótese, considerando-se que a ‘concepção’ já teria se verificado, ainda, que fora do útero, ao filho assim havido deveriam ser assegurados todos os direitos sucessórios em igualdade de condições com os demais filhos. **Poder-se-ia, ainda, sustentar que, também na primeira hipótese, o filho teria direito à herança, face ao estado de filiação reconhecido pelo Código Civil em seu art. 1.597 e ao imperativo de igualdade posto no art. 227, §6º da Constituição Federal.**²⁵¹ (grifou-se).

Para Catarina Medeiros de Luca, o princípio da igualdade entre a filiação é absoluto, devendo, pois, ser estendido aos filhos inseminados artificialmente todos os direitos deferidos aos filhos nascidos por meio de reprodução natural:

O princípio da igualdade entre os filhos, consagrado na Constituição Federal, não admite exceções, sendo que aquele concebido através de inseminação artificial post mortem é presumidamente filho do casal, e considerado concebido na constância do casamento, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil. Deste modo, **devem ser garantidos a ele os mesmos direitos que possuem os outros filhos, inclusive o de ser considerado herdeiro legítimo do seu falecido pai.** A legislação infraconstitucional não pode fazer exceções ou estabelecer diferenças quando a própria Constituição não o faz.²⁵² (grifou-se).

²⁵⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 108.

²⁵¹ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. **Consulex**, [s. l.], ano VIII, n. 188, p.42-45, 15 nov. 2004. Disponível em: <<https://marioluizdelgado.files.wordpress.com/2014/04/mario-luiz-delgado-2.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁵² LUCA, Catarina Medeiros de. O Concebido *Post Mortem* no Direito das Sucessões. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2010. Semestral. Disponível em:

De mais a mais, o próprio Código Civil reconheceu que os filhos concebidos por fecundação *in vivo* após a morte do pai são considerados concebidos na constância da relação e também que os descendentes, sem exceções, são herdeiros necessários, não havendo razão para suprir os direitos sucessórios daquele filho que é gerado por meio de um processo de reprodução que não o natural.

3.1.1.4 Princípio do melhor interesse da criança

Consagrado pioneiramente no art. 5º do extinto Código do Menor de 1979, o *princípio do melhor interesse da criança* ou *do interesse superior da criança* disposto no *caput* do art. 227 do texto constitucional assegura diversos direitos, como o direito à vida, à dignidade e ao respeito, **com prioridade** à criança e ao adolescente, sendo a família, a sociedade e o Estado os responsáveis, de forma compartilhada, por zelá-los.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente reforça o enunciado constitucional ao prever que “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei”, sendo salvaguardado-lhes “por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”²⁵³.

Segundo ressalta Gabriella Bresciani Rigo, “foi após a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente que o princípio começou a desempenhar função interpretativa a

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 31-32.

²⁵³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

ponto de impor uma revisão nas interpretações do Código Civil, visando à sua adaptação ao novo direito”²⁵⁴.

Por ser um ser frágil, que necessita de suporte e de alguém que o dirija ao exercício de sua autonomia, a criança tem a ela destinado esse princípio que garante a concretização dos seus direitos fundamentais ou “um mínimo que todos os obrigados a zelarem pelos direitos e garantias da população infanto-juvenil devem assegurar”, bem como é um elemento norteador para a aplicação desses direitos.²⁵⁵

De acordo com Ana Caroline Oliveira Montalbano, no caso de inseminação *post mortem* este princípio obtém notável importância, pois a divergência é tamanha: de um lado, o desejo da mulher, ainda que sozinha, de gerar uma criança e, do outro, o interesse superior da criança. Contudo, este princípio deve ser ponderado, pois **se a genitora proporcionar condições materiais e psicológicas para o desenvolvimento da criança, não há o porquê de impedi-la de gerá-la.**²⁵⁶

Para Fabre, este princípio é primordial quando se trata da garantia dos direitos do concepturo:

Mesmo se a própria Constituição ignorasse a igualdade entre os filhos, **apenas tomando como princípio norteador o melhor interesse da criança, ela já deveria ter seus direitos resguardados.** Isso porque, uma vez que veio ao mundo, não é sua culpa o modo como se deu a concepção. Não parece justo que logo o elo mais frágil e desprotegido da relação entre genitores e sucessores fique sem seus devidos direitos.²⁵⁷ (grifou-se).

Tal como vislumbra a autora, é nítido que a criança não deve suportar os ônus em razão da ausência de regulamentação legal. Se for excluída da sucessão, não terá direito ao patrimônio de seu finado pai e, conseqüentemente, será provida de menos recursos financeiros para suprir as suas necessidades vitais, o que vai de encontro com a ideia do seu *superior interesse*. Por conta disso, deve ter seus direitos sucessórios garantidos como qualquer outra, mormente em decorrência da previsão do artigo 227, *caput*, que assegura a absoluta prioridade de seus direitos.

²⁵⁴ RIGO, Gabriela Bresciani. **O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente.** 2007. 103 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007. p. 40.

²⁵⁵ MEIRA, Fernanda de Melo. *In*: BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite.

Manual de direito das famílias e das sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 234.

²⁵⁶ MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da Esmesc:** Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 9-34, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em: 24 abr. 2015. p. 20.

²⁵⁷ FABRE, 2014, p. 38.

3.1.1.5 Princípio do livre planejamento familiar

No tocante ao *princípio do livre planejamento familiar*, previsto no §7º do art. 226 da Carta Magna²⁵⁸, Silva defende que, juntamente à dignidade da pessoa humana, é o alicerce do *direito* ao planejamento familiar. Reconhecido como um direito de livre decisão da mulher, do homem ou do casal, cabe ao Estado, apenas como dever, fornecer recursos educacionais e científicos para a sua realização. Por meio da Lei nº. 9.263/96 (que trata do planejamento familiar, dispondo ser este um direito de todo cidadão em seu artigo 1º), é vedado, inclusive, qualquer forma de coerção por parte de instituições públicas ou privadas com vistas a não concretização desse direito.²⁵⁹

Conforme Luca, o planejamento familiar deve ter por sustentáculo os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, incumbindo ao casal, ao homem ou à mulher, nos termos do artigo 3º da supramencionada lei, exercitá-lo sem qualquer restrição, inclusive quando da realização da inseminação artificial pela parceira sobrevivente após o óbito do depositário o material genético. Dessa forma, **“não pode ser negada à mulher a possibilidade de ter um projeto parental sozinha, desde que garantido o melhor interesse para criança”** (grifou-se). Ademais, continua a autora, há a probabilidade de o projeto ter iniciado quando o pai ainda era vivo.²⁶⁰

Segundo Rodrigues Júnior, é um direito constitucional que tem como uma de suas consequências o direito de procriar (direito de reprodução), sendo que o seu exercício fundamenta o emprego das técnicas de reprodução medicamente assistida a fim de possibilitar uma gravidez²⁶¹.

Ao analisar esse princípio, Dias afirma que decorre do princípio da liberdade, sendo a utilização das técnicas de procriação assistida um direito fundamental decorrente do livre planejamento familiar, sendo inadmissível “cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida”.

²⁵⁸ “Art. 226. [...] § 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.”

²⁵⁹ SILVA, 2004, p. 828.

²⁶⁰ LUCA, 2010, p. 31.

²⁶¹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 183.

Afinal, “o projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*”.²⁶²

Desse modo, sabendo-se que “as entidades familiares são tuteladas como instrumentos de realização da pessoa humana”²⁶³ e uma vez idealizado o projeto parental pelo casal em vida, realizado o depósito do material genético no banco de sêmen e existente a vontade da parceira em prosseguir com o tratamento, não subsiste motivo para frustrar o seu direito ao livre planejamento familiar.

3.2 A (des)necessidade do consentimento expresso do depositário do material genético para o uso além de sua vida e como o ordenamento jurídico pátrio está lidando com o assunto

No Brasil, se por um lado não há legislação que expressamente vede o emprego da inseminação artificial póstuma, por outro lado também não há nenhuma lei que a regulamente. Diante desse cenário, necessário se faz normalizar a permissão ou vedação do uso da técnica após a morte do depositário do material fecundante.

Primeiramente, seria o doador que previamente autorizaria ou não o uso depois de sua vida ou haveria uma lei geral, *erga omnes*, já expressamente autorizando ou proibindo a realização da técnica?

Em segundo lugar, se não houvesse uma lei que proibisse o uso da técnica (como de fato atualmente não há), o dono do gameta deve expressar sua vontade de forma escrita (por meio de um formulário da clínica ou por meio testamento?) ou o simples depósito já confirma a sua vontade de ser pai mesmo depois de sua passagem?

A resposta para esses questionamentos deve ser buscada, até mesmo porque a procriação humana medicamente assistida é uma prática cada vez mais difundida e as indagações jurídicas, éticas e sociais por ela implicadas permanecem sob um ar nebuloso. Torna-se primordial a criação de leis específicas, por meio de estatutos ou microssistemas que normatizem a matéria.²⁶⁴

Priscila Meireles de Sousa, ao estudar a necessidade da regulamentação dos embriões criopreservados, trouxe em sua obra quais as questões precisariam ser esmiuçadas:

²⁶² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

²⁶³ MORAES, 2010, p. 103.

²⁶⁴ FABRE, 2014, p. 41.

Torna-se imprescindível a regulamentação, no ordenamento jurídico pátrio, acerca: a) da possibilidade ou não de realização das técnicas de reprodução medicamente assistida *post mortem*; b) das consequências, na esfera civil (indenização, direitos de filiação e sucessórios, etc.), decorrentes da implantação ilegal de embriões excedentários *post mortem*, caso não permitidas; c) caso permitidas, das consequências nos direitos de filiação e sucessório com a utilização das referidas técnicas *post mortem*; d) do lapso temporal máximo - e das consequências de sua não observância - para a implantação do embrião no útero materno após o falecimento do genitor; e) da existência de limitação ou não quanto ao número de embriões que poderão ser implantados *post mortem*; dentre outras questões que, porventura, surjam no campo da reprodução humana medicamente assistida, ciência que evolui constantemente e necessita ser acompanhada, igualmente, pela legislação pertinente.²⁶⁵

Quando da elaboração da legislação, esses pontos poderiam ser explorados igualmente para fins de regulamentação do material genético congelado, mas ainda não fecundado (quais sejam, espermatozoides e óvulo).

Antes de conhecer quais os projetos de lei que tramitam, analisar-se-á brevemente como se posicionam alguns juristas acerca da autorização prévia do genitor para o uso de seu material biológico.

Heloisa Helena Barboza entende que devem se ter duas certezas: primeiro, a certeza de que o homem realizou o depósito do gameta com o intuito de ser utilizado para fins de inseminação artificial após a sua morte; segundo, a certeza de que queria que seu filho ainda não concebido tivesse direito à sua herança:

A manifestação de vontade do autor da herança constitui elemento decisivo para aquisição de direitos pelo filho póstumo. Há de restar inequívoco que depositou seu sêmen para esse tipo de inseminação [...] Além disso, deve ser inequívoca sua vontade de transmitir a herança ao filho ainda não gerado.²⁶⁶

Para Gislaïne dos Prazeres Soares Varela, o fato de não haver testamento, destinando patrimônio ao filho que ainda está para nascer, serviria como um indício de que o falecido não autoriza a sua paternidade póstuma:

[...] a ausência de testamento em favor da prole futura e eventual implicará ausência de consentimento para utilização do sêmen, óvulo ou embrião criopreservado após a morte, logo, desaparecendo a necessária autorização para que aquele material genético seja aplicado após a morte e o bem como [sic], vínculo de filiação, por via de consequência, o direito sucessório.²⁶⁷

²⁶⁵ SOUSA, Priscila Meireles de. **O filho havido por fertilização *in vitro* homóloga e implantado *post mortem* como sujeito de direitos sucessório e de filiação**. 2014. 86 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122334>>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 71.

²⁶⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face de inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 55.

²⁶⁷ VARELA, Gislaïne dos Prazeres Soares. **O direito sucessório do concebido após a morte: análise doutrinária**. 2006. 97 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e

Desse modo, pode-se concluir que o raciocínio inverso se aplica: a presença de testamento seria um sinal de que o finado permitiu a implantação de seu gameta.

Luca entende, por sua vez, que a anuência por escrito do depositário do material genético se faz imprescindível, podendo ser realizada na oportunidade em que for depositá-lo no banco de sêmen. A autora compara a relevância dessa autorização com a que ocorre no procedimento de adoção póstuma:

É necessário o consentimento expresso do pai, podendo ser feito no momento em que será criopreservado seu material genético, para que a criança concebida após a morte do seu genitor tenha garantido todos os seus direitos. O consentimento tem a mesma importância na adoção póstuma do artigo 42, §5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990), que é deferida ao adotante, após inequívoca manifestação de vontade, mesmo que venha a falecer antes da prolação da sentença. Em ambos os casos, a manifestação da vontade é essencial ao reconhecimento de todos os feitos jurídicos ao filho, caso contrário não se estaria sendo respeitado o melhor interesse da criança.²⁶⁸

Já para Montalbano, a falta de manifestação expressa do falecido pode acarretar consequências inclusive na seara do direito de família: "[...] o cônjuge falecido deve ter deixado consentimento expresso para essa prática, caso contrário, considerar-se-á que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e, por conseguinte, não será atribuída a paternidade ao falecido."²⁶⁹

De toda forma, verifica-se que a precaução sempre é o melhor remédio, e, nesse contexto, evitaria futuras batalhas judiciais.

Se existisse uma lei que autorizasse a prática da técnica e dispusesse que no momento do depósito o homem tivesse que preencher um documento autorizando expressamente a realização da inseminação artificial com o uso de seu material, inclusive após a sua morte, a vontade estaria formalizada e não restariam dúvidas acerca do seu projeto parental para além da vida.

Tanto o é que a Resolução do Conselho Federal de Medicina de 2013, em seu item VIII, prevê a possibilidade da reprodução assistida *post mortem* desde que exista a autorização prévia e específica do doador. Portanto, se este deixar a sua vontade expressa, não será necessário o Judiciário autorizar o uso do material biológico.

Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <[http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaine Soares Varela.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaine_Soares_Varela.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 86.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 32.

²⁶⁹ MONTALBANO, 2012, p. 23.

O Enunciado 106, aprovado na I Jornada de Direito Civil, supratranscrito no capítulo 3, também exige a autorização por escrito do marido para o uso de seu material genético. Entretanto, também conforme já estudado, enunciados são meras orientações e não possuem força normativa, daí a necessidade de regulamentação via legal.

De todo modo, deve-se deixar claro que essas são questões para serem pensadas antes da concepção da criança. Se, por exemplo, a técnica *post mortem* fosse expressamente proibida no País e o genitor não tivesse autorizado por escrito o uso de seu material genético, mas mesmo assim uma criança nascesse por esse meio, os seus direitos devem ser resguardados, afinal este ser inocente não pode ser desprovido destes em detrimento de uma prática ilegal.

3.2.1 Regulamentação legal

Tramitava no Senado Federal, arquivado em 2007, o **Projeto de Lei nº 90 de 1999**, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual “dispõe sobre a Reprodução Assistida”. Este Projeto apresenta dois substitutivos: o **Substitutivo 90/1999** e **Substitutivo 90/2001**.

Conforme o Substitutivo de 2001, o consentimento livre e esclarecido, de ambos os beneficiários, será formalizado em documento particular e conterà as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida (art. 4º, V). Este projeto em momento algum menciona “fecundação *in vivo*” (inseminação artificial), apenas se reporta à fecundação *in vitro* – talvez por uma questão de atecnia.

O art. 14, por sua vez, dispõe em seu *caput* que “Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazo definidos em regulamento”, de onde se conclui que as especificidades estariam regidas por regulamento e não na própria lei. O seu §1º prevê que os gametas depositados serão entregues apenas àquele que os depositou, sendo obrigatório o descarte quando este falecer – “**salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas**”. (§2º)” (grifou-se).

Caso contrário, o médico será punido criminalmente pelo fornecimento de gametas depositados a outra pessoa que não o depositante ou pelo emprego destes sem a sua prévia autorização (art. 19, V).

Outro aspecto interessante deste Projeto é o art. 16, o qual assegura que a paternidade da criança, fruto de técnica de procriação humana, será atribuída aos beneficiários, ou seja, “às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida” (art. 1º, II). Por outro lado, o art. 17 prevê que o doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo relativo à paternidade ou material dessa criança, o que conduz à dúvida: o doador do sêmen, portanto, não será considerado pai? .

Observa-se que houve significativas alterações do Substitutivo nº 90/99 para o Substitutivo nº 90/01.

Naquele, o art. 1º, inciso I c/c art. 2º, §1º, permitia o emprego da técnica apenas em *cônjuges* e *companheiros*, excluindo, portanto, as pessoas solteiras e viúvas. Ou seja, ainda que houvesse disposição de última vontade em testamento, a mulher viúva não poderia utilizar o material criopreservado de seu finado marido.

Nos ensinamentos de Bruno Torquato de Oliveira Naves, “O primeiro substitutivo considerava beneficiários das técnicas apenas casais, casados ou vivendo em união estável. Não se contemplava, assim, a família monoparental, constitucionalmente reconhecida e protegida (art. 226, §4º)”²⁷⁰.

Já o substituto posterior, assim como o era o projeto original, autoriza o uso da técnica em *mulheres* e *casais*, levando à conclusão de que pode ser utilizado por mulheres casadas, em união estável, solteiras e viúvas.²⁷¹

Há de se destacar, contudo, que o projeto e seus substitutivos consideraram “as técnicas de fertilização como *ultima ratio*, ou seja, somente após comprovada a impossibilidade de fertilização pelas vias naturais ou quando houver risco de transmissão de doenças genéticas ligadas ao sexo”²⁷², conforme impõem seus respectivos artigos 2º .

Flagrante o descompasso entre as disposições do Código Civil e os principais projetos de lei. Assim, o primeiro substitutivo proíbe o uso da técnica de reprodução assistida em mulheres sozinhas férteis e/ou inférteis; o segundo substitutivo prevê o uso da técnica em mulheres sozinhas inférteis, excluindo-se as férteis; e o Código Civil trata da presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga em mulheres viúvas. Prevê,

²⁷⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira *apud* SANTOS, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira Lima dos. Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3745, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25442>>. Acesso em: 27 maio 2015.

²⁷¹ GHENTE. **Tabela comparativa entre os projetos de lei n.º 90/99, n.º 90/99 (substitutivo), n.º 90/01 (substitutivo)**. Disponível em: <http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/comparativo.htm>. Acesso em 07 jun. 2015.

²⁷² SANTOS, 2013.

ainda, a existência de embriões excedentários, o que é vedado pelo Projeto de Lei (substitutivos).²⁷³

A crítica se deve, portanto, porque a legislação civilista reconhece a presunção de paternidade quando ocorre a inseminação artificial homóloga após a morte do doador do gameta (portanto, a viúva não necessariamente precisa ser uma pessoa infértil ou doente), ao passo que o Projeto exige como condição do emprego da técnica a infertilidade ou a enfermidade (doenças genéticas ou hereditárias).

Superado o Projeto de Lei nº 90/1999 e seus dois substitutivos, está em tramitação o **Projeto de Lei nº 1.184 de 2003**, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, o qual “define normas para realização de inseminação artificial e fertilização ‘in vitro’; proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical”.

Há quinze outros projetos de lei a ele apensados (2.855/1997, 4.664/2001, 4.665/2011, 6.296/2002, 120/2003, 1.135/2003, 2.061/2003, 4.686/2004, 4.889/2005, 5.624/2005, 3.067/2008, 7.701/2010, 3.977/2012, 4.892/2012 e 115/2015) e atualmente aguarda no Congresso Nacional o parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.²⁷⁴

O Projeto nº 1.184 não trouxe grandes avanços em relação ao anterior: tal como o segundo substitutivo do Projeto nº 90 autorizou o uso da técnica em *mulheres e casais* (art. 1º, II) – portanto, independente do estado civil – e somente se comprovada a infertilidade ou doenças genéticas relacionadas ao sexo (art. 2º, *caput*). Os gametas, igualmente, devem ser descartados quando da morte do depositante, exceto se tiver autorizado, no documento de consentimento livre e esclarecido ou em cláusula testamentária, o uso póstumo. Os controversos artigos 16 e 17 são idênticos ao Substitutivo de 2001.

O art. 19, IV, quanto aos crimes, se diferencia do Substitutivo de 2001, pois este penalizava apenas o médico, ao passo que o Projeto de 2003 pune qualquer pessoa que forneça gametas a outra pessoa que não o depositante ou os utilize sem a sua prévia anuência.

Em relação a seus anexos, interessante se faz analisar brevemente o Projeto de Lei 4.686/2004, 7.701 de 2010 e 115/2015.

O **Projeto de Lei nº 4.686 de 2004**, de autoria do Deputado Federal José Carlos Araújo, “Introduz art. 1.597-A à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a

²⁷³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira *apud* SANTOS, 2013.

²⁷⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1184/2003**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

partir de reprodução assistida, disciplina a sucessão e o vínculo parental, nas condições que menciona.”.

Para o Deputado, o art. 1.597-A do Código Civil, no tocante ao direito à herança da criança, deveria prever os seguintes termos: “Art. 1597- A [...] § 2º A maternidade ou paternidade biológica resultante de processo de reprodução assistida heteróloga não gera direitos sucessórios.”. Observa-se que ele tratou apenas da criança fruto de inseminação artificial heteróloga (ou seja, quando pelo menos um dos gametas é doado por terceiros) – e negou claramente os direitos sucessórios a esta –, deixando ainda o filho advindo de inseminação homóloga a depender de outra regulamentação.²⁷⁵

O **Projeto de Lei nº 7.701 de 2010**, de autoria da Deputada Federal Dalva Figueiredo, que “Dispõe sobre a utilização *post mortem* de sêmen do marido ou companheiro”, também objetiva acrescentar um art. 1.597-A ao Código Civil, só que nos seguintes termos:

Art. 1.597-A. A utilização de sêmen, depositado em banco de esperma, para a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com a expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.

Verifica-se que a proposta fixa um prazo limite para a implantação do sêmen no corpo feminino e impõe a necessidade do consentimento expresso do marido ou companheiro. Por outro lado, silencia-se quanto aos direitos sucessórios do concepturo, apenas opinando, a Deputada em sua justificção, que o planejamento familiar é de responsabilidade do casal e não de só um dos parceiros.²⁷⁶

Por fim, o recentíssimo **Projeto de Lei nº 115 de 2015**, de autoria do Deputado Federal Juscelino Rezende Filho, o qual “Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.”.

Trazendo uma gama de princípios, dentre eles o do “superior interesse do menor”, é um projeto que se mostra favorável à criança concebida postumamente.

De início, no capítulo destinado à reprodução assistida *post mortem*, autoriza o uso do material biológico fecundante de qualquer pessoa depois de sua morte, com a condição

²⁷⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4686/2004**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

²⁷⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 7701/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

de que exista uma autorização específica e escrita para esse fim, na qual seja descrito o destinatário do gameta e quem o gestará após a concepção (art. 35, *caput* e inciso II). Destaque-se que esse destinatário precisará consentir com os termos do documento que autoriza o emprego da técnica (art. 35, parágrafo único).

Se a pessoa não autorizar expressamente, segundo o projeto de lei, não será utilizado o seu material genético, mesmo que a família unanimemente se manifeste favorável (art. 36).

Em conformidade com o Código Civil, ratifica que haverá vínculo de filiação entre o pai finado e o filho concebido após a sua morte (art. 49).

O capítulo que se apresenta mais inovador é o VI, o qual trata dos “Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida”. Dada a sua importância, segue a sua transcrição *ipsis litteris*:

Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida **terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente**, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Art. 59. Tratando-se de fecundação *post mortem*, **garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão** do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado. § 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no *caput*, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento. § 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, **será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida**. § 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva. § 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil. (grifou-se).

Extraem-se três pontos importantes desses dois artigos: 1) a prevalência suprema do texto magno em garantir a igualdade entre os filhos, o que corrobora o fim do tratamento diferenciado da criança conforme a sua origem; 2) o direito sucessório em sua totalidade é garantido ao filho se este for concebido dentro de três anos a contar do óbito de seu genitor; e 3) se houver material genético congelado de pessoa falecida, será automaticamente aberta sucessão provisória ou condicional pelo prazo de três anos ou até que, nesse intervalo de tempo, ocorra a gravidez esperada.

Por fim, ressalte-se que, segundo o projeto de 2015, é apenado com reclusão, de três a oito anos, aquele que utiliza material fecundante de pessoa falecida se esta não autorizou em vida o seu uso (art. 95).²⁷⁷

Observa-se, assim, que diversos projetos de lei já correm pelas Casas Legislativas, contudo, seja por dificuldade técnica ou por questões éticas e jurídicas, até hoje nenhum projeto foi transformado em lei. Dentre os estudados, o que se mostra mais completo e apropriado aos fins estampados na Constituição Federal, por ser mais favorável aos direitos sucessórios do concebido *post mortem*, sem dúvida é o Projeto de Lei nº 115 de 2015.

Quanto aos demais, verifica-se que muitos são deficientes, principalmente os mais antigos, não contemplando o assunto de forma pormenorizada e até mesmo fazendo remissões a regulamentos que existirão para complementar a lei, o que nos leva a concluir que seria uma verdadeira norma de eficácia limitada²⁷⁸ ou contida²⁷⁹, mas longe de ser plena²⁸⁰, e prejudicial, portanto, àqueles que dependem das técnicas de reprodução assistida.

3.2.2 Interpretações judiciais

Brasília

Um homem, que mantinha relacionamento de união estável por quatorze anos com sua companheira (N.H.B.G.²⁸¹), decidiu depositar seu sêmen no Hospital Israelita Albert Einstein, em março de 2006, por conta do agressivo tratamento quimioterápico a que seria submetido para tratar um câncer que poderia acometer a sua fertilidade. O desejo de ter filhos era de ambos, tanto o é que ele havia revertido uma vasectomia.

Ocorre, contudo, que, em agosto de 2007, veio a falecer. O Hospital, então, negou-se a disponibilizar o material genético à viúva, sob o argumento de que o seu companheiro não havia deixado autorização por escrito. Aí, então, iniciou-se a batalha no Judiciário.

²⁷⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 115/2015**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

²⁷⁸ Norma condicionada a uma futura lei.

²⁷⁹ Norma de aplicabilidade direta e imediata, mas que terá uma norma posterior a regulamentando.

²⁸⁰ Norma que independe de outra.

²⁸¹ Está sob segredo de Justiça.

No primeiro grau (autos nº 0100722-92.2008.807.0001), a magistrada singular da 7ª Vara de Brasília julgou procedente o pedido autoral, reconhecendo o direito da mulher sobre o material. Foi determinada, assim, a liberação e o uso para fins de reprodução assistida. Para a togada:

não houve orientação específica no sentido de que fosse emitido documento para garantia de utilização *post mortem* [...] o esclarecimento da situação incumbia exclusivamente ao réu, que deixou de cumprir os deveres legais de informação e transparência, norteadores das relações jurídicas em todos os âmbitos. [...] os elementos dos autos conduzem à conclusão de que o ex-companheiro tinha a real intenção/vontade de com ela formar uma família e ter filhos, restou, pois, configurada a manifestação tácita de vontade através da prática de atos que induzem a tal conclusão.²⁸²

O Ministério Público manifestou-se nos seguintes termos:

[...] entende-se por demais, exigir que o próprio contratante tomasse providências legais para assegurar o futuro uso do material genético, não somente por desconhecer as implicações da reprodução medicamente assistida mas também porque se encontrava em meio a um tratamento de câncer.

Além disto, é natural que cientes do infortúnio, o casal tenha desviado sua atenção para o tratamento da doença na expectativa de cura, não sendo razoável esperar que, naquele momento, tentasse o casal a inseminação artificial [...]²⁸³

Entretanto, com a interposição de recurso pelo Hospital (Apelação Cível 2008011149300-2) e a subida do caderno processual para a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), por maioria dos votos, em setembro de 2014, a história tomou outro rumo.

A relatora Desembargadora Nídia Corrêa Lima acompanhou a juíza *a quo* e julgou no sentido de que houve o consentimento tácito do finado, uma vez que assinou um contrato para efetuar a coleta e a conservação de seu sêmen:

Penso que seria frustrar o sonho de uma pessoa ter um filho com seu companheiro [...] que morreu em decorrência de um câncer. Se o companheiro guardou o material genético, mesmo doente e sabendo que seria exposto à radiação, é evidente que pretendia ter um filho com sua companheira.²⁸⁴

²⁸² DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20080111493002. Relator: Desembargadora Nídia Corrêa Lima. Brasília, DF, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?print=true>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*

Destacou ainda que, à época, o Conselho Federal de Medicina não exigia a autorização expressa para utilização do material *post mortem*.²⁸⁵

Por sua vez, o revisor Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira, em sentido contrário, decidiu que a autorização para o uso póstumo deveria ter se dado por escrito:

[...] diante da **falta de disposição legal expressa** sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cuius* para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o **princípio da autonomia da vontade** condiciona a utilização do sêmen criopreservado à **manifestação expressa de vontade** a esse fim. (grifou-se).

Saliente-se, por outro lado, a ressalva do Desembargador no sentido de que caso a criança nascesse, era certo que teria direito à herança do pai, ainda que o inventário já tivesse findado, pois “Desde 1912, antes do Código Civil antigo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os filhos terão o seu quinhão hereditário, ainda que supervenientes.”²⁸⁶

Por seu turno, ao proferir seu voto, o vogal Desembargador Flávio Rostirola concluiu:

[...] tendo em vista (a) a necessidade de preservação dos interesses ou direitos da personalidade do falecido, por um lado, (b) a proibição de qualquer espécie de imposição de paternidade previsto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal e (c) por fim, a exigência, igualmente constitucional de não gerar insegurança jurídica no processo sucessório, concluo pela imprescindibilidade do consentimento expresso do *de cuius* para a finalidade visada pela autora da presente ação.²⁸⁷

Cabe acrescentar também a opinião do representante ministerial, Procurador de Justiça Vitor Fernandes Gonçalves, a qual foi no sentido de que a criança nasceria sem o direito de ter um pai:

[...] não poderia deixar de defender aqui, representando o Ministério Público, o interesse dessa criança, que nasceria sem direito de ter um pai, por opção da mãe. Quer dizer, a doutrina vem afirmando o direito da biparentalidade das pessoas - as pessoas têm o direito de ter pai e mãe. Ainda que por razões humanitárias, se acedermos com o interesse individual da mãe, estaremos fazendo com que a futura criança não tenha direito de ter um pai. [...] Não tem ninguém defendendo o direito da pessoa que vai nascer. Só se está pensando no interesse egoísta de uma pessoa que quer ter um filho.²⁸⁸

²⁸⁵ DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20080111493002. Relator: Desembargadora Nídia Corrêa Lima. Brasília, DF, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?print=true>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Ibid.*

Em suma, o recurso do Hospital foi provido naqueles termos grifados, com destaque, no acórdão, para a ausência de regulamentação legal da matéria e a supremacia do princípio da autonomia da vontade e, por conseguinte, a necessidade de autorização expressa do falecido.

Inconformada e em decorrência da não unanimidade do voto, a companheira supérstite opôs embargos infringentes, os quais foram recentemente julgados, em 25 de maio de 2015, pela 1ª Câmara Cível do TJDF. De relatoria do Desembargador Carlos Rodrigues, o recurso não foi provido por unanimidade, sob o mesmo argumento de que o *de cujus* não deixou manifestação expressa de sua vontade de ser pai após a morte.

Por consequência, N.H.B.G. teve seu pleito indeferido, não podendo, assim, utilizar o material genético fecundante de seu finado companheiro para concretizar o projeto parental.²⁸⁹

Curitiba

Com uma história de vida muito semelhante à de N.H.B.G, mas com um enredo judicial diferente, foi o caso de Katia Lernerneier. Roberto Jefferson Niels e Lernerneier, casados há cinco anos, tentavam engravidar já fazia três anos, quando Niels foi diagnosticado com um melanoma em fevereiro de 2009. Tal como no acontecimento de Brasília, devido ao tratamento que poderia debilitar a sua capacidade reprodutiva, optou por congelar seu material biológico na Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia (Androlab).

Em fevereiro de 2010 veio a falecer. A viúva, dada a negativa do Conselho Regional de Medicina em autorizar a reprodução assistida póstuma, sob a alegação de que não havia consentimento expresso do falecido, recorreu às vias judiciais.

Para Kátia, o procedimento de congelamento do sêmen feito por ela e o marido tinha o único intuito de ser utilizado para inseminação artificial: “Nós, isso eu posso garantir, tínhamos esse desejo. Ter um filho de meu marido é como fazer com que ele continue vivo entre nós.”. O médico Lídio Jair Ribas Centa, que acompanhou as consultas do casal, assegurara que o

²⁸⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Serviço de Análise de Acórdãos - Seraco. **05/06/2015 - Inseminação *post mortem* – necessidade de manifestação expressa de vontade do doador**. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/inseminacao-post-mortem-2013-necessidade-de-prova-de-autorizacao-expressa-do-falecido>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

simples fato de procurar a técnica de fertilização “já indica que os dois pretendiam ter um filho”, para ele, era dispensável “um documento formal para garantir que eles queriam um filho.”²⁹⁰

Em maio de 2010, o magistrado Alexandre Gomes Gonçalves da 13ª Vara Cível de Curitiba concedeu liminarmente autorização para o uso póstumo do sêmen congelado por Katia.²⁹¹ Poucos meses depois, a companheira supérstite já estava grávida de Luíza Roberta, que nasceu em junho de 2011.

Luíza teve seu direito à filiação reconhecido e, nesse caso, destaca-se que os próprios pais de Roberto, seus herdeiros legítimos, apoiaram a decisão da viúva de conceber um filho com o genitor já falecido²⁹² o que significa que estavam dispostos a abrir mão de parte da herança para dividir com o sonhado neto²⁹³.

São Paulo

Eliane Ribeiro de Mello era casada com Andrei François de Mello, até que um acidente aéreo, em julho de 2007, pôs fim ao relacionamento do casal. Por aproximadamente doze anos, os cônjuges tentavam engravidar, e diante das tentativas frustradas, iniciaram tratamento na Clínica Gene – Medicina Reprodutiva para fins de reprodução assistida, em abril de 2006.

Com o óbito, Eliane pleiteou na Justiça a liberação de alvará judicial a fim de que fosse autorizada a inseminação do sêmen criopreservado de seu finado marido.

Ao decidir a questão, o magistrado de início reconheceu que a matéria não se encontra regulamentada, mas que isso não é óbice para deixar de julgá-la:

A questão é estranha à legislação em vigor, o que, por si, não desincumbe o Juiz de solucioná-la, pois nestes casos, deverá a decisão valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Em seguida, descreveu em sua decisão as dificuldades emocionais, os gastos financeiros, os exames invasivos pelos quais o casal foi submetido, concluindo que “Mesmo sem estar concebido de fato, este filho já estava concebido de alma pelo casal, pois, de certa forma, conviviam diariamente com a expectativa de sua concepção.”

²⁹⁰ ARAÚJO, Glauco. **Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná**. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² KANIAK, Thais. **Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto**. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁹³ Não há informações referentes ao direito de Luíza à sucessão de seu pai.

O togado ressaltou que a procriação assistida ocorreu por consentimento livre e esclarecido de ambos e foi solenizada por documento particular:

A intenção de Andrei sempre foi a de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen [...] para fins de engravidar sua mulher. Nesse passo, necessário diferenciar o doador do depositário de sêmen. O doador não é identificado e colhe seu material, colocando-o à disposição de eventual uso em processo de reprodução assistida, nos casos em que o marido da paciente seja impotente ou estéril. Andrei depositou seu líquido seminal para fins de realização de reprodução assistida em favor de Eliane, portanto, era depositário. Seu sêmen tinha destinatária certa com fins definidos.

Na opinião do juiz, em uma primeira análise, com o falecimento do doador ou depositante e sem o consentimento para o uso *post mortem*, os gametas devem ser descartados. Contudo, no caso concreto, Andrei não teve tempo para autorizar expressamente a reprodução assistida póstuma em favor de Eliane, uma vez que morreu subitamente:

Entendo que a viúva tem o direito de tentar gerar um filho de seu falecido marido, quando este era manifestamente o desejo do casal, interrompido por uma morte precoce. Estas questões se deparam com a Ética e o Direito. Inaceitável é o descompasso entre o Direito e a Ciência, pois a tecnologia avança a passos largos, não podendo o Direito acompanhá-la e muito menos atravancá-la. O Direito não pode, de imediato, solucionar as mudanças sociais, porque elas são volúveis, enquanto que o Direito exige bases sólidas. Por esta razão é necessária a certeza dos avanços tecnológicos para que possa o Direito discipliná-los.

Para ele, se o tratamento da procriação fosse prosseguido, a dignidade da pessoa humana estaria honrada, e se a viúva conseguisse engravidar por meio dele, o direito constitucional ao livre planejamento familiar do casal seria respeitado.

Por fim, concluiu o magistrado que a matéria necessita de “regras disciplinadoras temporais, éticas e protetivas”, devendo o futuro pai ter o direito de manifestar a sua vontade de uma paternidade póstuma ou não. Decidiu, ao final, pela liberação do alvará para que, dentro de um ano, Eliane pudesse utilizar o material genético criopreservado de seu finado marido para fins de reprodução assistida.²⁹⁴

Também cabe mencionar, brevemente, o acórdão proferido na Apelação Cível nº 166.180-4/7-0, de relatoria do Desembargador Olavo Silveira de 09 de novembro de 2010.

Embora a hipótese se cingisse à retificação do registro do óbito de Rui Manoel Martins Custódio, ocorrido em outubro de 2006, o voto relata que Geralda Mônica de Cássia Noronha, sua cônjuge supérstite se submeteu à técnica de inseminação artificial *post mortem*

²⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Autos nº 583.00.2008.138900-2/000000-000. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo, 21 maio 2008. p. 498. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

no Huttington Centro de Medicina Reprodutiva, com o uso do sêmen congelado de Rui, dando a luz a Camila Noronha Martins Custódio em setembro de 1997.²⁹⁵

Isso mostra que a história de Luiza, de Curitiba, não foi o primeiro caso de inseminação artificial póstuma do País. Muitos processos correm em segredo de Justiça, o que dificulta o acesso a eles e, via de consequência, o conhecimento da quantidade de casos relativos à procriação *post mortem* que chegam ao Judiciário.

De todo o exposto, conclui-se que as técnicas de reprodução humana medicamente assistida precisam ser regulamentadas em lei específica, de maneira imediata e completa, notadamente acerca do seu emprego e seus efeitos após a morte do doador do material genético fecundante. Com a regulamentação, os magistrados teriam um norte mais robusto no momento de decidir, não sendo proferidas decisões tão díspares, tais como as analisadas, mas sim decisões mais justas, condizentes com a realidade social e adequadas ao progresso da ciência.

²⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 166.180-4/7-0. Relator: Des. Olavo Silveira. São Paulo, 09 de novembro de 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se na presente monografia que, caso se restrinja à “letra fria” da lei civilista, o filho concebido *post mortem* por meio de inseminação artificial homóloga tem seu direito à filiação resguardado, presumindo-se concebido na constância do casamento, com fulcro no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil.

Contudo, verificou-se que caso se queira conferir uma rigorosidade maior a esse dispositivo, com base no Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, será exigido para a presunção de paternidade ser consumida, a autorização escrita do marido para o uso de seu material genético depois de seu óbito e que a mulher ostente o estado civil de viúva.

No entanto, por outro lado, em decorrência da previsão do artigo 1.798 do mesmo diploma legal, o qual prevê que são legítimas a suceder somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão – e sabendo que este momento equivale cronologicamente ao óbito e que o concepturo sequer foi concebido neste marco temporal –, entende parcela da doutrina que seu direito à sucessão legítima restará prejudicado, independentemente de autorização expressa do *de cuius*.

De todo modo, tendo em vista que no testamento existe a possibilidade de se contemplar pessoa ainda não concebida na época da abertura da sucessão, consoante reza o artigo 1.799, inciso I, pode-se afirmar que o Código Civil reserva a sucessão testamentária ao concepturo – mas desde que concebido no prazo de dois anos a contar da data do óbito (artigo 1.800, §4º).

Ademais, nada impede que o concepturo também receba um legado, sendo um sucessor a título singular (legatário). Nesse caso, o futuro genitor, por meio de testamento, destina um bem certo, específico e individualizado de seu conjunto patrimonial ao seu filho que ainda será concebido.

Assim, seguindo essa linha de raciocínio *civilista*, será filho apenas para alguns efeitos: filho “de nome”, entretanto não filho capaz, legalmente, de receber a sua cota-parte da sucessão legítima na qualidade de herdeiro necessário.

Diante desse cenário, a alternativa hermenêutica jurídica para amparar sucessoriamente esta criança encontra-se na aplicação de princípios constitucionais, uma vez que a Carta Magna traz insculpida em sua redação uma série de preceitos que podem ser utilizados em prol do concepturo. E, ao se trazer ditames da esfera constitucional para o

Direito Civil, estar-se-á realizando uma verdadeira *constitucionalização do direito privado*, uma vez que a norma será interpretada em conformidade com a Constituição Federal.

Importante levar em consideração, sobretudo, que o princípio da transmissão automática da herança (*droit de saisine*) pertence ao direito sucessório, sendo, portanto, *infraconstitucional*. Em decorrência da supremacia da Lei Fundamental, esta deve ser adotada para que se façam preponderar, especialmente, os princípios da igualdade de tratamento entre os filhos (artigo 227, §6º), da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), do melhor interesse da criança (artigo 227, *caput*), do livre planejamento familiar (artigo 226, §7º) e, desse modo, salvaguardar os direitos hereditários dessa criança.

De mais a mais, observou-se que o Código Civil impõe que os descendentes são considerados herdeiros necessários (artigo 1.845) e que a estes pertence metade dos bens da herança, o que compreende a legítima (artigo 1.846). Outrossim, a lei determina a transmissão da herança aos herdeiros mesmo que não nascidos (artigo 1.798) e inclusive aos filhos não concebidos (artigo 1.799, I).

Dessa forma, limitar o direito sucessório do concebido *post mortem* à sucessão testamentária implica a ruína do tratamento isonômico entre os filhos, posto que todos são, do mesmo modo, pertencentes à classe dos herdeiros legítimos e necessários, porquanto são descendentes.

Quando do estudo dos reflexos que a perspectiva de gerar um filho no futuro podem ocasionar na partilha de bens já efetuada entre os demais herdeiros quando a criança vier a nascer, viu-se que o instrumento judicial para revisar o inventário ocorre por meio da petição de herança, dentro do prazo prescricional de dez anos, a contar da cessação da incapacidade civil.

Em vários estágios do trabalho, deparou-se com a imperiosa necessidade de regulamentação da matéria. A Resolução n.º 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina autoriza a reprodução assistida póstuma desde que haja o consentimento prévio específico do falecido e esteja em conformidade com a legislação em vigor – todavia esta legislação vigente até hoje é inexistente.

E, infelizmente, muitos projetos de lei em tramitação não conferem o devido tratamento à temática com suas particularidades como mereceria. Dentre os estudados, o Projeto de Lei n.º 115 de 2015 mostra-se o mais completo ao prever: a) a garantia da igualdade de direitos entre os filhos concebidos artificial e naturalmente; b) a necessidade de autorização expressa do *de cuius* para o uso do gameta após a sua morte; c) o limite temporal de três anos para a gravidez do filho esperado ser efetivada e serem assegurados os seus direitos

sucessórios; d) a abertura de sucessão provisória ou condicional até que decorra o prazo de três anos ou ocorra a gestação almejada; e) o direito de petição de herança.

No tocante às decisões judiciais analisadas, não foi possível localizar alguma cujo mérito fosse especificamente o direito sucessório do concepturo. Elas se restringem basicamente à questão da necessidade – ou não – da anuência expressa do finado para a utilização póstuma de seu material genético.

Observou-se que alguns magistrados defendem que o simples depósito confirma a vontade do falecido de ser pai, mesmo após o seu passamento, e esse comportamento expressa uma autorização tácita, uma vez que se submeteu, por sua vontade, a um procedimento médico para a retirada de seu material genético. Em contrapartida, há togados – e se viu a preponderância desse entendimento nos julgados – que entendem ser imprescindível o consentimento escrito do projeto paternal ser concretizado além de sua vida.

Essa disparidade na jurisprudência reflete o descompasso do Direito com os avanços da Medicina. É primordial a existência de uma legislação que, ao menos, contemple progressos da engenharia genética tão difundidos na sociedade, como é o caso da procriação humana medicamente assistida. Incoerente ter um “Novo” Código Civil já desfasado com pouco mais de uma década de vigência (até porque a redação de seu projeto teve início por volta da década de setenta).

Sobretudo, deve-se adequar a regra da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem* com a regra da vocação hereditária dos gametas criopreservados, uma vez que atualmente há, no mínimo, uma desarmonia entre elas, haja vista uma contemplar o concepturo e outra ignorá-lo.

Por ora, aos magistrados incumbem decidir o impasse ao optar pela aplicação dos dispositivos vigentes constitucionais ou infraconstitucionais – mesmo porque não poderá se esquivar de decidir, dada a redação do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro que impõe ao juiz a obrigação de seu pronunciamento mesmo quando a lei for omissa.

Poderá decidir pelos direitos sucessórios do concepturo ao se utilizar dos princípios constitucionais e fazer preponderar o enunciado da igualdade de tratamento entre os filhos e do interesse superior da criança. Ou poderá adotar o princípio civilista da transmissão automática da herança, na tentativa de conferir segurança jurídica aos demais sucessores ao se preservar a partilha de bens já encerrada. Será uma questão de analisar criticamente a temática a partir do sopesamento entre princípios sucessórios e constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ABC.MED.BR. **Qual a diferença entre infertilidade e esterilidade? Quais são as causas?** 2012. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/309845/qual-a-diferenca-entre-infertilidade-e-esterilidade-qualis-sao-as-causas.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2015.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2015.
- AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório, Família e Dignidade Humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. **Família e dignidade humana.** São Paulo: IOB/Thomson, 2006.
- ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3127>>. Acesso em: 24 abr. 2015.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6522>>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARAÚJO, Glauco. **Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná.** 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face de inseminação artificial e da fertilização 'in vitro'.** Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARREIROS, Wilza Carla Folchini. **Procriação artificial "post mortem":** aspectos jurídicos e doutrinários. 1997. 81 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.
- BENUCCI, Renato Luís. Direito de família e sucessões. In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de direito civil.** Brasília: Conselho da Justiça federal, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/at_download/file>. Acesso em: 05 jun. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 05 jan. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de janeiro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Decreto-lei Nº 4.657, de 4 de Setembro de 1942**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de janeiro de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996. **Resolução CNS 196/1996**. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/1996/reso196.doc>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2013, de 9 de janeiro de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. **Resolução CFM nº 2.013/2013**. Brasília: Diário Oficial da União, 9 jan. 2013. Seção 1, p. 119. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Distrito Federal, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Distrito Federal, 28 de março de 1996. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1553954>>.
Acesso em: 26 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1184/2003**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>.
Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. **PL 4686/2004**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=273816>>.
Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. **PL 7701/2010**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>.
Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. **PL 115/2015**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>.
Acesso em: 07 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1941.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

_____. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Org.). **Novo Código Civil: Questões controvertidas. Parte geral**. São Paulo: Método, 2007, v. 6.

CHRYSOVERGIS, Fabiana Digiacomo. **A inseminação artificial *post mortem* e o reflexo da prática no direito das sucessões**. 2010. 92 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. **Consulex**, [s. l.], ano VIII, n. 188, p.42-45, 15 nov. 2004. Disponível em: <<https://marioluizdelgado.files.wordpress.com/2014/04/mario-luiz-delgado-2.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

DIAS, Helena Soares Souza Marques. A reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e Direito Sucessório. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4.069, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29287>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

_____. **O estado atual do biodireito.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 20080111493002. Relator: Desembargadora Nídia Corrêa Lima. Brasília, DF, 3 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civil-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826?print=true>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

DR. DRAUZIO. **Infertilidade.** 2011. Entrevista com Dr. Ricardo Barini . Disponível em: <<http://drauzioarella.com.br/mulher-2/infertilidade/>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

FABRE, Ana Sofia de Souza. **Os reflexos, no direito sucessório, da inseminação artificial homóloga post mortem.** 2014. 57 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127075>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 6.

FERNANDES, Marques. **Novos Enunciados CJF: VI JORNADA DE DIREITO CIVIL.** 09 abr. 2013. Disponível em: <<https://fmjur.wordpress.com/2013/04/09/novos-enunciados-cjf-vi-jornada-de-direito-civil/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da responsabilização.** Curitiba: Juruá, 2011.

FERTILITY MEDICAL GROUP. **Infertilidade Feminina.** [20--?]. Disponível em: <<http://fertility.com.br/infertilidade/causas-da-infertilidade-conjugal/infertilidade-feminina/>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança.** [20--?]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Douglas%20Phillips%20Freitas>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

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

GHENTE. **Tabela comparativa entre os projetos de lei n.º 90/99, n.º 90/99 (substitutivo), n.º 90/01 (substitutivo).** Disponível em:

<http://www.dbbm.fiocruz.br/ghente/doc_juridicos/comparativo.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 350.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. v. 6.

_____. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. v. 7.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. **Histórico**. [20--?]. Disponível em: <<http://www.inseminacaoartificial.com.br/historico.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

KANIAK, Thais. **Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto**. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões (arts. 1784 a 2027)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 21.

_____. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: RT, 1995.

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

LOUREDO, Paula. **Inseminação artificial**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/inseminacao-artificial.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

LUCA, Catarina Medeiros de. O Concebido *Post Mortem* no Direito das Sucessões. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, 2010. Semestral. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/ca-terinaluca.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

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

MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4267>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

MEIRA, Fernanda de Melo. *In: BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado;*

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa em Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da Esmesc**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 19, n. 25, p.9-34, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48/49>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Direito civil: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOURA, Mário Aguiar. **Tratado prático da filiação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

OLIVEIRA, Antonio de Pádua Leopoldo de. Aspectos jurídicos da inseminação artificial. *In*: BARROS, Hamilton de Moraes e *et. al.* **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Curso de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Andes, 1954.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de.; BORGES JR., Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. VI.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Direito de família e sucessões. *In*: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/at_download/file>. Acesso em 20 jun. 2015.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIGO, Gabriela Bresciani. **O status de filho concebido *post mortem* perante o direito sucessório na legislação vigente.** 2007. 103 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70013884457. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Palmeira das Missões, 26 de abril de 2006.

Disponível em

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70013884457&num_processo=70013884457&codEmenta=1394130&temIntTeor=true>.

Acesso em: 07 maio 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011a.

_____. **Direito das sucessões.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

_____. **Direito Civil:** direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROTÂNIA, Alejandra Ana. **Dossiê reprodução humana assistida.** 2003. Disponível em: <<http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede-feminista/006.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

SANTOS, Tatyana Mayara Gurgel de Oliveira Lima dos. Direito à sucessão legítima do nascituro concebido após a morte do pai. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3745, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25442>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Autos nº 583.00.2008.138900-2/000000-000. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo.** São Paulo, 21 maio 2008. p. 498. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 166.180-4/7-0. Relator: Des. Olavo Silveira. São Paulo, 09 de novembro de 2010.

SEDICIAS, Sheila. **Fecundação.** [2013?]. Disponível em: <<http://www.tuasauade.com/fecundacao/>>. Acesso em: 02 maio 2015.

SILVA, André Ribeiro Molhano *et al.* As primeiras experiências de inseminação artificial foram no século XIV. **Dom Total**, [S.l.], [20--?]. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29661/as-primeiras-experiencias-de-inseminacao-artificial-foram-no-seculo-xiv>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Os direitos humanos do concebido: análise biojurídica das técnicas de procriação assistida. *In*: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.) **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: Ltr, 2002.

SILVA, Rodrigo Alves da. Princípio da saisine nas sucessões. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3443, 4 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23156>>. Acesso em: 30 maio 2015.

SILVEIRA, Gabriela Nogueira Tomaz da; ARAÚJO NETO, Henrique Batista. **Inseminação artificial post mortem e suas implicações no direito sucessório**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038205.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

SOUSA, Priscila Meireles de. **O filho havido por fertilização in vitro homóloga e implantado post mortem como sujeito de direitos sucessório e de filiação**. 2014. 86 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122334>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. Direito de família e sucessões. *In*: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **III Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/at_download/file>. Acesso em: 04 jun. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. Serviço de Análise de Acórdãos - Seraco. **05/06/2015 - Inseminação post mortem – necessidade de manifestação expressa de vontade do doador**. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/decisoes-em-evidencia/inseminacao-post-mortem-2013-necessidade-de-prova-de-autorizacao-expressa-do-falecido>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

VALDÉS, Jesús. **La procreación irregular y el derecho**. Madrid: Nacional, 1972.

VARELA, Gislaine dos Prazeres Soares. **O direito sucessório do concebido após a morte**: análise doutrinária. 2006. 97 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006. Disponível em: <[http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaine Soares Varela.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaine%20Soares%20Varela.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2015.

VELOSO, Zeno. Comentários ao Livro do Direito das Sucessões. *In*: FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 7.

ANEXOS

ANEXO A – Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013, de 2013

ANEXO B – Projeto de Lei nº 115, de 2015

ANEXO C – Acórdão da Apelação Cível nº 166.180-4/7-00 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo



RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013

[\(Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119\)](#)

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a [Resolução CFM nº 1.957/10](#).

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva ([ADI 4.277](#) e [ADPF 132](#));

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013,

RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revoga-se a [Resolução CFM nº 1.957/10](#), publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79, e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de abril de 2013.

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição;

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.

4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

5 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível, deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos *a fresco*, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

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

4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões "in vitro" será de 14 dias.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- os riscos inerentes à maternidade;



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM*

É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina.



CFM
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/13

No Brasil, até a presente data não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.957/10 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. No entanto, as mudanças sociais e a constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária a sua revisão.

Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança ([Lei nº 11.105/05](#)), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células-tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco.

Outros fatores motivadores foram a falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados.

Esses aspectos geraram dúvidas crescentes oriundas dos Conselhos Regionais de Medicina, provocando a necessidade de atualizações.

O somatório dos fatores acima citados foi estudado pela comissão, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada, que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de abril de 2013.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 1.358/92 – Reprodução Assistida



CÂMARA DOS DEPUTADOS

PROJETO DE LEI Nº , DE 2015

(do Sr. Juscelino Rezende Filho)

Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O Congresso Nacional decreta:

Título I

Disposições Gerais

Capítulo I – Do Objeto

Art. 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Art. 2º - Reprodução Humana Assistida é aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez.

Art. 3º As técnicas de Reprodução Humana Assistida que apresentam a acreditação científica relacionada no artigo anterior são:

I – Inseminação Artificial;

II – Fertilização *in vitro*;

III – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide;

IV – Transferência de embriões, gametas ou zigotos;

§ 1º As técnicas acima elencadas não excluem outras que objetivem a facilitação da reprodução humana, desde que não contrariem normas éticas e diretrizes do Conselho Federal de Medicina.

§ 2º Dá-se o nome de homóloga à técnica que emprega material genético dos próprios genitores para a concepção. Tem a nomenclatura de heteróloga a técnica que utiliza o material genético de pelo menos um terceiro, seja óvulo ou espermatozoide.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 4º O Diagnóstico pré-implantacional de embriões tem como objetivo avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves a fim de tratá-las ou impedir sua transmissão.

§ 1º O Diagnóstico pré-implantacional e toda e qualquer intervenção sobre embriões *in vitro* somente serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal ou pessoa que se submete às técnicas reprodutivas.

§ 2º Os procedimentos diagnósticos dirigidos a avaliar a capacidade reprodutiva e a viabilidade da fertilização e/ou implantação que envolvam manipulação de gametas ou embriões são submetidos às disposições deste Estatuto.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias.

Art. 5º As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade.

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave.

Capítulo II – Das Práticas Vedadas

Art. 6º Os médicos não podem fazer uso das técnicas reprodutivas para os seguintes objetivos:

- I – Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não o da procriação humana;
- II - Criar seres humanos geneticamente modificados;
- III – Criar embriões para investigação de qualquer natureza;
- IV – Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;
- V – Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

§ 1º A escolha de qualquer característica biológica do futuro filho será excepcionalmente permitida para evitar doenças ligadas ao sexo daquele que virá a nascer.

§ 2º Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

§ 3º É vedada a prática de “Confusão na Inseminação ou Fertilização Artificiais” na qual são misturados o material genético de um dos pretensos genitores e o material genético de doador para suscitar dúvida quanto à origem biológica do ser concebido.

Capítulo III – Da Proteção Principiológica

Art. 7º A aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução humana obedecerão aos seguintes princípios:

- I – Respeito à vida humana;
- II - Serenidade Familiar;
- III – Igualdade;
- IV – Dignidade da pessoa humana;
- V - Superior interesse do menor;
- VI – Paternidade responsável;
- VII – Liberdade de planejamento familiar;
- VIII – Proteção integral da família;
- IX – Autonomia da vontade;
- X – Boa-fé objetiva;
- XI – Transparência;
- XII – Subsidiariedade.

Art. 8º O tratamento será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos envolvidos, incluindo a descendência, e desde que haja prévia aceitação livre e consciente de sua aplicação por parte dos envolvidos que deverão ser anterior e devidamente informados de sua possibilidade de êxito, assim como seus riscos e condições de aplicação.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Capítulo IV – Da Doação de Gametas

Art. 9º É lícita a doação de sêmen ou gametas sem fins lucrativos ou comerciais.

Art. 10. O doador deve ser maior de 18 anos, capaz e concordar expressamente com a doação, após ser informado sobre o destino de seu material e as implicações de seu ato.

Art. 11. O doador deverá concordar em se submeter a uma avaliação médico-laboratorial incluindo testes para doenças infectocontagiosas e repeti-los, num prazo nunca inferior a seis meses, após a última coleta, para a liberação do material doado.

Parágrafo único. Em caso de resultado positivo para alguma doença infectocontagiosa, o material será descartado e o Banco de Células e Tecidos Germinativos deverá comunicar imediatamente o fato ao doador e encaminhá-lo a um serviço de assistência especializada.

Art. 12. O sêmen ou oócito doado somente será liberado para a utilização após a repetição dos exames com resultados negativos para quaisquer doenças.

Art. 13. Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor.

Art. 14. É assegurado às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros médicos para fins de inspeção e investigação, incumbindo-lhes observar rigorosamente o dever de sigilo.

Art. 15. Caberá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária dispor sobre os exames que deverão ser realizados pelos eventuais doadores, bem como sobre quais são as características que impedirão a doação.

Art. 16. A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico responsável pelo tratamento e deverá garantir, sempre que possível, que o doador tenha semelhança fenotípica, imunológica e a máxima compatibilidade com os receptores.

Art. 17. Cada doador poderá ter seu material utilizado em uma única gestação de criança no Estado da localização da unidade.

§ 1º O registro do nascimento de criança com material genético doado será enviado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões para que disponibilize



CÂMARA DOS DEPUTADOS

a informação a todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, a fim de impedir nova fertilização ou inseminação com o mesmo material no Estado em que já foi utilizado.

§ 2º Para garantir que duas gestações não aconteçam simultaneamente com o material de um mesmo doador, a unidade médica, antes de realizar o procedimento de reprodução assistida, consultará o SisEmbryo e comunicará a escolha do gameta selecionado, a fim de obter a autorização para o uso do material genético doado em procedimento médico indicado.

Art. 18. O SisEmbryo manterá arquivo atualizado, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais em razão de verificação de impedimentos em processo de habilitação para casamento.

Parágrafo único. O arquivo das informações acima descritas é perene.

Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

Art. 20. Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham, participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida.

Capítulo V – Da Cessão Temporária de Útero

Art. 21. A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento.

Art. 22. A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 23. A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º. Grau.

Parágrafo único. Excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina.

Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.

Art. 25. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Art. 26. Para que seja lavrado o assento de nascimento da criança nascida em gestação de substituição, será levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais o pacto de substituição homologado, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado.

Capítulo VI – Da Criopreservação de Gametas ou Embriões

Art. 27. É permitido o congelamento de óvulos e espermatozoides pelas Clínicas, centros médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastrados na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.

Art. 28. É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.

Art. 29. O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:

- I – até dois embriões, em mulheres com até 35 anos;
- II – até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;
- III – até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 30. Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não se transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.

Art. 31. No momento da criopreservação, a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva, juntamente com seu cônjuge ou companheiro, deve expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de rompimento da sociedade conjugal, união estável, doença grave ou falecimento de um deles ou ambos ou em virtude de desistência, por qualquer motivo, do tratamento proposto.

Art. 32. Os destinos possíveis a serem dados aos embriões criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a adoção ou envio para pesquisa científica.

§ 1º Caso a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva seja casada ou viva em união estável, obrigatoriamente a escolha do destino do embrião deverá ser tomada em conjunto pelo casal.

§ 2º As pessoas que tem embriões criopreservados na data de entrada em vigor deste Estatuto terão o prazo de 1 (um) ano, contado a partir da vigência desta Lei, para cumprirem integralmente o disposto no artigo 31, se já não o fizeram.

Art. 33. Os embriões não serão, em qualquer hipótese, descartados.

Art. 34. A adoção de embriões seguirá as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couberem e não contrariarem o presente Estatuto.

Parágrafo único. Para atender os fins propostos neste artigo, será criado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrada em vigor desta lei, pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida, um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões.

Capítulo VII – Reprodução Assistida *Post Mortem*

Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;



CÂMARA DOS DEPUTADOS

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.

Capítulo VIII - Consentimento Informado e Manifestação Conjugal

Art. 37. Para todo e qualquer procedimento de reprodução assistida é necessária assinatura de todos os envolvidos no termo de consentimento informado que será apresentado pelo médico responsável pelo tratamento.

Art. 38. A assinatura do termo será precedida de todas as informações necessárias para propiciar o esclarecimento necessário para garantir a liberdade de escolha de adesão ou não ao tratamento e quanto à opção por qualquer das técnicas médicas indicadas.

Parágrafo único. As informações quanto aos riscos conhecidos do procedimento de reprodução assistida escolhido serão fornecidas por escrito, juntamente com suas implicações éticas, sociais e jurídicas, em documento aprovado pela Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 39. No termo de consentimento médico informado, se os pacientes forem casados ou viverem em união estável, será necessária a manifestação do cônjuge ou companheiro, concordando expressamente com o procedimento médico indicado, com uso ou não de material doado, e, em especial, definindo o destino a ser dado ao material genético eventualmente criopreservado.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

TÍTULO II

Da Tutela Civil

Capítulo I – Das Partes

Art. 40. Pode se submeter ao tratamento de reprodução humana assistida qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz que, mediante manifestação inequívoca de sua vontade e por indicação médica, deseje ter um filho.

Art. 41. A aplicação das técnicas de reprodução assistida somente pode ser realizada por médico registrado no Conselho Regional de Medicina com área de atuação em reprodução humana e devidamente cadastrado para a atividade junto ao Cadastro Nacional de Bancos e Células e Tecidos Germinativos, vinculado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões.

Capítulo II – Direitos e Deveres

Art. 42. A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objetivo a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.

Art. 43. Para garantir a transparência e conhecimento do tratamento em todas as suas fases, são direitos dos pacientes:

I – direito à informação e à liberdade de escolha das técnicas reprodutivas, após conhecimento de seus riscos e implicações;

II – direito de acesso a todas as informações quanto à habilitação do médico e da clínica ou hospital que lhe presta esse serviço de saúde;

III – direito à informação quanto a todas as implicações jurídicas do tratamento ao qual pretende se submeter, incluindo a possibilidade de haver embriões excedentários e a necessidade de determinar seu destino, após ter ocorrido o sucesso ou não com o procedimento escolhido;

IV – direito à informação sobre as etapas do tratamento, com acompanhamento claro e preciso de todas as suas fases;

V – direito ao acompanhamento psicológico, prestado por profissional habilitado, disponibilizado pelo médico, clínica ou hospital, antes, durante e após o tratamento.

Art. 44. A fim de assegurar a correta indicação e utilização do tratamento, são deveres do paciente:



CÂMARA DOS DEPUTADOS

I – dever de fornecer todas as informações sobre sua saúde, não omitindo qualquer uma, por mais irrelevante que possa parecer, sob pena de trazer complicações ao tratamento;

II – dever de cumprir estritamente todas as recomendações médicas, necessárias para o resultado satisfatório da técnica empregada;

III – dever de prestar seu consentimento, por escrito, em que será confirmada a concordância quanto à aplicação do procedimento reprodutivo;

IV – dever de indicar o destino a ser dado aos possíveis embriões excedentários, em caso de morte, rompimento conjugal ou de união estável ou de desinteresse em prosseguir com a implantação do embrião.

Art. 45. O médico habilitado para aplicar as técnicas reprodutivas terá:

I - o dever de agir com lealdade e respeito, tanto em relação ao paciente, quanto com relação às vidas em concepção;

II - o dever de empregar todo o conhecimento técnico necessário para a boa consecução dos fins almejados na reprodução;

III - o dever de prestar todas as informações necessárias com relação ao procedimento empregado, em especial, quanto aos riscos dele derivados;

IV - o dever de manter os registros médicos atualizados e adequadamente arquivados nos órgãos competentes;

V - o dever de manter a confidencialidade das informações e da identidade dos envolvidos no procedimento de assistência a reprodução.

Art. 46. São direitos do médico que aplicar as técnicas reprodutivas:

I - o de ser informados sobre toda as questões relacionadas à saúde de seus pacientes;

II - o de acompanhar o desenvolvimento da gestação;

III - o de ser informado sobre qualquer intercorrência que possa ocorrer durante o tratamento.

Capítulo III – Da Presunção de Filiação

Art. 47. O filho nascido da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumidamente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, o assento de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais conterá dados dos quais se possam inferir o caráter da geração.

Art. 48. Nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto.

Art. 49. Em caso de filiação *post mortem*, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos oriundos de uma relação paterno-filial, observados os limites e exigências impostos por esta Lei.

Capítulo IV – Das Ações de Investigação de Vínculo Biológico e Negatória de Paternidade

Art. 50. A ação de investigação de origem biológica é permitida nos limites previstos no artigo 19 deste Estatuto.

Parágrafo único. Do conhecimento judicial do liame biológico entre o doador de gametas e o nascido com seu material genético não será estabelecido o vínculo de filiação e não decorrerá qualquer direito pessoal ou patrimonial ou dever oriundo do vínculo paterno-filial.

Art. 51. A ação negatória de paternidade será permitida nas hipóteses de erro de consentimento quanto à utilização da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão de infidelidade do outro genitor, tanto na modalidade homóloga quanto na heteróloga.

Parágrafo único. Nos casos acima previstos, caberá à mulher igual direito.

Art. 52. A ação negatória também será permitida se houver fundada suspeita de que não foi aplicada pelo médico a técnica escolhida no termo de consentimento informado.

Parágrafo único. Nesta hipótese, a sentença que reconhecer o erro médico não desconstituirá o vínculo paterno-filial existente.

Capítulo V – Do Sistema de Responsabilização

Art. 53. A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objeto a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Parágrafo único. Nenhuma finalidade, senão a acima descrita, poderá ser perseguida por qualquer uma das partes, nos moldes dos artigos 5º e 6º da presente Lei.

Art. 54. O médico que conduzir o tratamento de reprodução humana assistida utilizando uma de suas técnicas responderá, civil e criminalmente, por ato que viole os deveres contratuais estabelecidos entre as partes ou que, de qualquer outra forma, desrespeite os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva ou da autonomia da vontade.

Art. 55. O médico responderá pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade.

Parágrafo único. Em casos excepcionais, a critério do juiz, diante da vulnerabilidade e hipossuficiência dos pacientes envolvidos no tratamento reprodutivo, poder-se-á inverter o ônus da prova.

Art. 56. As clínicas, centros médicos, hospitais ou qualquer outro estabelecimento que disponibilize serviços médicos de reprodução assistida responderão objetivamente pelo serviço viciado ou defeituoso prestados aos pacientes.

§ 1º Considera-se defeito na prestação de serviços prática que coloque em risco a vida ou cause prejuízos à saúde dos pacientes e não ofereça a estes a segurança que deles se espera.

§ 2º Considera-se vício na prestação de serviços aquele que é prestado de forma imprópria, inadequada ou que não apresente informações suficientes sobre seus procedimentos e riscos.

Art. 57. As clínicas, hospitais, centros ou unidades médicas que aplicam técnicas de reprodução assistida são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para pacientes submetidos às técnicas reprodutivas, obrigando-se a manter:

I - um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de reprodução assistida aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

II - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de



CÂMARA DOS DEPUTADOS

reprodução assistida, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

Parágrafo único. Em cada unidade de médica, haverá um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

Capítulo VI – Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida

Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Art. 59. Tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no *caput*, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

TÍTULO III – DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

Capítulo I – Do Sistema Nacional de Reprodução Assistida

Art. 60. O Sistema Nacional de Reprodução Assistida, vinculado ao Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária compreende o BCTG – Banco de Células e Tecidos Germinativos, o SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões e o Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 61. Compete aos BCTGs a seleção de doadores de gametas, coleta, transporte, registro, processamento, armazenagem e liberação do referido material para uso terapêutico do próprio doador ou terceiros.

Parágrafo único. É de competência, ainda, dos BCTGs a garantia da qualidade do processo de conservação dos tecidos e células que estejam sob a sua responsabilidade e o fornecimento ao médico do paciente de todas as informações necessárias a respeito da amostra a ser utilizada.

Art. 62. É condição de funcionamento do Banco de Células e Tecidos Germinativos ser vinculado, formalmente, a um estabelecimento de saúde especializado em reprodução humana e legalmente estabelecido.

Art. 63. Para funcionar os BCTGs dependerão de licença emitida pelo Órgão de Vigilância Sanitária e de Sistema de Garantia de Qualidade aprovado por Instituição de Acreditação.

Art. 64. Compete ao SisEmbrio - Sistema Nacional de Produção de Embriões:

I - a reunião e consolidação de todas as informações, em âmbito nacional, fornecidas pelos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, relativas à produção de Embriões Humanos.

II - a manutenção de arquivo perene do registro de nascimento de criança com material genético doado, disponibilizando a informação aos BCTGs, para impedir fertilização ou inseminação com material genético de doador que já foi utilizado no Estado da unidade médica.

III – receber a comunicação de escolha de gameta de doador (a) em procedimento de reprodução assistida e autorizar seu uso.

IV - manter arquivo atualizado e perene, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 65. Competirá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária a regulamentação dos procedimentos e das normas técnicas para o funcionamento dos BCTGs e do SisEmbrio.

Art. 66. É criado o Conselho Nacional de Reprodução Assistida – CNRA, vinculado ao Ministério da Saúde, ao qual compete pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais decorrentes da Reprodução Assistida.

Art. 67. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida é um órgão colegiado, de caráter permanente e consultivo, dirigido a assessorar e orientar sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a contribuir com a difusão dos conhecimentos científicos e técnicos nesta matéria, assim como com a elaboração de critérios funcionais e estruturais dos centros onde as técnicas se realizam.

Art. 68. São atribuições do CNRA – Conselho Nacional de Reprodução Assistida, dentre outras:

- I – Contribuir para a divulgação das técnicas de reprodução humana disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades;
- II - Atualizar a informação científica sobre a procriação medicamente assistida e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação;
- III - Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização;
- IV - Dar parecer sobre a constituição de bancos de células germinativas, bem como sobre o destino do material biológico resultante dos referidos bancos;
- V – Viabilizar a criação do Cadastro Nacional de Adoção de Embriões, acompanhando o seu funcionamento;
- VI - Acompanhar a atividade dos centros onde são aplicadas as técnicas de reprodução assistida e/ou criopreservação de embriões ou gametas, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;
- VII - Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de Reprodução Assistida prestam o seu consentimento;
- VIII – Dar parecer sobre as condições necessárias à disponibilização das técnicas de Reprodução Assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde.
- IX – Receber e avaliar os relatórios anuais das unidades médicas de reprodução assistida.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 69. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida será composto por treze personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da Reprodução Assistida.

Art. 70. Os membros do Conselho Nacional de Reprodução são designados da seguinte forma:

- I - Quatro profissionais da área da Saúde, indicados pelo Ministério da Saúde;
- II - Cinco médicos que atuem com Reprodução Humana, indicados pelo Conselho Federal de Medicina;
- III - Quatro advogados com comprovada especialidade em reprodução assistida, indicados pelo Conselho Federal da OAB.

Parágrafo único. O mandato dos membros do Conselho é de três anos, sendo permitido cumprir um ou mais mandatos.

Art. 71. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida apresentará ao Ministério da Saúde um Relatório Anual sobre as suas atividades, formulando as recomendações para o aperfeiçoamento da aplicação e utilização das técnicas médicas reprodutivas.

Parágrafo único. O Conselho funcionará no âmbito do Ministério da Saúde que assegurará o apoio técnico e administrativo necessários ao seu funcionamento.

Art. 72. O Conselho estabelecerá em Regulamento Interno a disciplina do seu funcionamento.

Art. 73. Todas as entidades públicas, sociais e privadas, têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo Conselho de Reprodução Assistida.

Capítulo II – Das Sanções Administrativas

Art. 74. O não cadastramento do Banco de Células e Tecidos Germinativos junto ao Sistema Nacional de Produção de Embriões ou o desrespeito a qualquer um dos procedimentos técnicos previstos nas resoluções emanadas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária configurará infração sanitária, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977.

Parágrafo único. As penalidades por infração sanitária não excluem as sanções de natureza civil, penal e as definidas em normas específicas.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 75. A fiscalização, no âmbito administrativo, é de responsabilidade do Ministério da Saúde, através de Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

TÍTULO IV – DAS INFRAÇÕES CRIMINAIS

Art. 76. Constituem crimes contra as relações de assistência médica à reprodução humana e seus beneficiários, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 77. Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a da procriação humana.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 78. Criar embriões para investigação de qualquer natureza.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 79. Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 80. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação sem finalidade de terapia gênica da descendência.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 81. Misturar o material genético de duas ou mais pessoas causando a confusão na origem biológica do ser concebido por técnica de reprodução assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 82. Criar seres humanos geneticamente modificados ou clones.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 83. Praticar a redução embrionária.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 84. Praticar ato que resulte na destruição de embriões humanos, excetuados os casos permitidos em lei.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 85. Descartar embriões humanos.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 86. Cobrar qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem viabiliza ou facilita, com fins lucrativos, o contato entre quem concedeu o útero e a pessoa que busca a descendência.

Art. 87. Comprar ou vender gametas ou quaisquer outras células germinativas.
Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Art. 88. Aplicar as técnicas terapêuticas de reprodução assistida fora dos casos de terapia contra a infertilidade e/ou esterilidade ou para evitar a transmissão de doença genética grave dos pais à sua descendência.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 89. Aplicar as técnicas de reprodução assistida sem habilitação profissional ou autorização legal.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 90. Produzir embriões que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher, nos termos do artigo 29 desta lei.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 91. Destinar embrião criopreservado à finalidade não prevista no artigo 32 deste Estatuto.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 92. Proceder à aplicação de qualquer técnica de reprodução assistida sem a concordância manifestada expressamente por todos os envolvidos e beneficiários no termo de consentimento informado.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 93. Utilizar, de forma fraudulenta ou enganosa, material genético de pessoa que não concordou expressamente com a doação.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 94. Utilizar material genético de doador (a) sem a autorização manifestada expressamente em documento de consentimento livre e esclarecido dos beneficiários que se submetem às técnicas médicas reprodutivas.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 95. Utilizar material genético de pessoa falecida sem que exista documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado.

Pena – Reclusão de três a oito anos.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 96. Aplicar técnicas de reprodução assistida em estabelecimento assistencial de saúde não credenciado ao Sistema Nacional de Reprodução Assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 97. Utilizar material genético de doador (a) em mais de uma gestação no Estado de localização da unidade.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Art. 98. Liberar o uso ou utilizar material genético doado sem avaliação médico-laboratorial negativa para doenças infecto-contagiosas.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas aquele que liberar para utilização sêmen ou oócito doado antes da repetição dos exames com resultados negativos para quaisquer doenças infecto-contagiosas, nos termos dos artigos 11 e 12 do presente Estatuto.

Art. 99. Violar o sigilo quanto ao procedimento utilizado ou identidade dos envolvidos, sejam doadores ou beneficiários, no tratamento de reprodução assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem divulgar ou facilitar a divulgação de informação que desrespeite o sigilo garantido a doadores e receptores de material genético, permitindo suas identificações.

Art. 100. Participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida sendo pessoa responsável pela unidade médica ou integrante da equipe multidisciplinar a ela vinculada.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

TÍTULO V – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 101. Serão atribuídos aos genitores que utilizam qualquer uma das técnicas de reprodução assistida os mesmos benefícios previdenciários ou trabalhistas garantidos aos genitores que concebem naturalmente ou por adoção.

Art. 102. O recurso às técnicas de Reprodução Assistida no âmbito da rede do Sistema Único de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas



CÂMARA DOS DEPUTADOS

em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 103. Qualquer atividade de publicidade ou promoção por parte das unidades médicas autorizadas que incentive a doação de células ou tecidos germinativos deverá respeitar o caráter altruísta daquela, não podendo, em caso algum, estimular a doação mediante oferta de compensações ou benefícios econômicos.

Parágrafo único. A mesma regra se aplica ao pacto de gestação de substituição.

Art. 104. O embrião pode ser fideicomissário em substituição testamentária, figurando como exceção à regra da concepção prevista no art. 1.952 do Código Civil de 2002.

Art. 105. Nos casos em que houver dúvidas do magistrado quanto a eventuais questões não reguladas pelo presente Estatuto, o Respeito à Vida Humana e o Superior Interesse do Menor constituirão princípios guias de regulação da matéria.

Art. 106. Este Estatuto entra em vigor noventa dias após sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente Projeto de Lei foi apresentado pelo ex-deputado Dr. Eleuses Paiva, com o nº 4892/2012.

O anteprojeto do Estatuto da Reprodução Assistida, elaborado pela Profa. Dra. Ana Cláudia Silva Scalquette, conselheira da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida, da OAB-SP, foi disponibilizado por cento e oitenta dias em consulta pública no site da OAB-SP, contando com inúmeras sugestões que, após analisadas pela Comissão de Biotecnologia, foram incorporadas ao texto.

O planejamento familiar é direito de todo o cidadão, conforme disposto na Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que, segundo o mesmo diploma, deve ser entendido como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela



CÂMARA DOS DEPUTADOS

mulher, pelo homem ou pelo casal. Nesse sentido, a família goza de proteção especial por parte do Estado nos moldes do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

As técnicas médicas de Reprodução Humana Assistida têm caráter terapêutico e são reconhecidas e aplicadas em nosso país desde 1984 e no mundo desde 1978.

O Ministério da Saúde, por Resolução emanada da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária já disciplinou, no âmbito administrativo, o funcionamento de Bancos de Células e Tecidos Germinativos - BCTGs e criou o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária reconheceu no último relatório, publicado em 2012, que há um número estimado de cento e vinte clínicas espalhadas pelo país, mas apenas setenta e sete cadastradas. Além disso, divulgou que o número de embriões criopreservados, oficialmente cadastrados, ultrapassa cento e oito mil.

O Código Civil de 2002 reconheceu como filhos por presunção aqueles nascidos com o emprego de técnicas de reprodução assistida em seu artigo 1.597, mas não regulou os efeitos desse reconhecimento.

Há mais de uma década muitos países já possuem diploma legal próprio para regular a aplicação e uso das técnicas de reprodução humana, dentre eles: Espanha, Portugal, Itália e Reino Unido.

O Poder Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre questões relacionadas à utilização das técnicas de auxílio à reprodução humana, tanto no âmbito da área médica quanto na esfera das relações civis. Neste viés, atos ilícitos e crimes vêm sendo cometidos em razão da aplicação inconsequente e não regulamentada das técnicas médicas reprodutivas.



CÂMARA DOS DEPUTADOS

Por fim, o Governo Federal, por meio do Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, vinculado ao Ministério da Saúde, elencou, em documento oficial, como uma de suas prioridades a assistência em planejamento familiar e a atenção em reprodução Humana Assistida na rede SUS (Cf. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005).

Assim, o referido Ministério da Saúde relata ações no sentido de discutir proposta em relação à regulamentação para o emprego das técnicas de reprodução humana assistida, haja vista a falta de normatização legal específica sobre a matéria.

Em suma, o presente projeto de lei tem a finalidade de regular no âmbito civil, administrativo e penal, as ações de aplicação e utilização das técnicas médicas de auxílio à reprodução humana.

Portanto, solicito o apoio dos nossos pares para que este projeto de lei seja aprovado.

Sala das Sessões, em janeiro de 2015.

Deputado JUSCELINO REZENDE FILHO
PRP/MA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO / DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



5

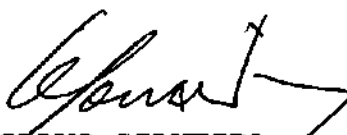
J

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 166.180-4/7-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante CAMILA NORONHA MARTINS CUSTÓDIO, menor representada por sua MÃE, sendo apelado o JUÍZO:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento, em parte, ao recurso, com observações. v.u.", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ OSÓRIO e J.G. JACOBINA RABELLO.

São Paulo, 9 de Novembro de 2000.


OLAVO SILVEIRA
Presidente e Relator

V. 14.615.

Apelação nº.166.180.4/7-00 - São Paulo.
Apte. .:Camila Noronha Martins Custódio.
Apdo. .:O Juízo.
Retificação de Registro.

Óbito. Registro afirmando que o falecido não deixou filhos. Nascimento posterior em decorrência de fertilização "in vitro", com utilização de sêmen deixado pelo falecido. Pretendida retificação do óbito. Inocorrência de erro. Inicial indeferida com determinações. Apelação. Provimento, em parte, com observações.

Cuida-se de apelação contra sentença, fls.15/16, relatório adotado, que julgou extinto o pedido de retificação de óbito, porque juridicamente impossível, uma vez que o falecido não deixou prole e determinou a extração de peças para remessa ao Juiz Corregedor de Registros Públicos e Vara de Família e Sucessões, o primeiro para apurar a forma de obtenção de registro de nascimento da autora e à outra para ressalva de interesses de herdeiros, sustentando a recorrente que a sentença se ateve ao texto restrito da lei civil, sem reconhecer os avanços da ciência, que tornaram possível a fertilização "in vitro", e demonstrada sua regularidade não há como deixar de reconhecer a necessidade de retificação do registro.

Recurso tempestivo, mantida a sentença, opinaram os órgãos do Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo improvimento.

Registram os autos que Rui Manoel Martins Custódio e Geralda Mônica de Cássia Noronha casaram-se em maio de 1996. Em agosto desse ano, diagnosticada a presença de leucemia mielóide, Rui, com o propósito de assegurar futura prole, depositou amostras de seu sêmen junto ao banco de sêmen do Hospital Albert Einstein.



Rui veio a falecer em outubro de 96 e o seu óbito foi registrado, com a observação de não haver deixado filhos, perante o Cartório do 17º Registro Civil-Bela Vista.

Atendendo à vontade do falecido, a viúva submeteu-se perante o Huttington Centro de Medicina Reprodutiva ao processo de inseminação artificial, com utilização do sêmen deixado pelo marido, vindo a engravidar e resultando no nascimento da autora, Camila, nascida em 25 de setembro de 1997, pouco menos de um ano da data da morte de Rui, sendo registrada como filha do casal, por declaração da mãe, perante o Cartório do 20º Subsdistrito-Jardim América.

Ambos os registros, de óbito de Rui e de nascimento de Camila, não aparentam vícios.

A autora pretendeu a retificação do assento de óbito que, embora verdadeiro, contém omissão quanto à existência de filhos, porque ela é descendente do falecido.

Em verdade, o pedido se mostra impróprio porque inoportuno, quanto à possibilidade jurídica.

A autora pretende sustentar desnecessária a ação de investigação de paternidade, mas sem razão.

Se é certo que, pelo que consta dos autos, não há resistência de qualquer interessado direto, quanto à paternidade do falecido em relação à autora, a verdade é que, diante da legislação vigente, ela se mostra indispensável para sua exata definição e, a partir dela, processar-se a devida retificação e ratificação dos assentos.

A investigação é necessária em ordem a comprovar, oficialmente, o que, de fato, parece evidente, isto é, que a autora nasceu como resultado de fertilização artificial, com emprego de sêmen deixado pelo falecido.



Nenhuma dificuldade se apresenta para essa verificação, diante do emprego do método do DNA, que responderá prontamente à solução da indagação.

Mas, se a declaração da paternidade se mostra inafastável, até para posterior anotação da circunstância junto ao assento de óbito, não há razão para, desde logo, imputar-se atitude dolosa, da mãe da autora, ou do próprio escrivão, quanto à lavratura do assento de nascimento.

Certo que o vetusto Código Civil, em seu artigo 338, inciso II, desconsidera a filiação legítima dos nascidos depois dos trezentos dias subseqüentes ao óbito.

Essa disposição, no entanto, em primeiro lugar, parte de regras firmadas com apoio na média apurada entre os estágios máximo e mínimo de duração da gravidez normal, mas não ignora a eventual ocorrência de exceção.

Em segundo lugar, é preciso ter presente que o Código Civil, com tal redação, data de 1917, quando entrou em vigor. Lembra-se, porém, que a idéia dominante no texto, é bem anterior, vindo desde o anteprojeto original, surgido ainda no século XIX, quando impensável era a possibilidade de concepção fora dos meios naturais, e inaceitável, então, que o avanço da ciência pudesse, um dia, estabelecer a gravidez por meio artificial, com utilização de sêmen colhido do doador e conservado, até depois de sua morte.

Essa orientação do velho Código quase permaneceu na elaboração da reforma, cujo projeto data de vinte e cinco anos e cujo original não cuidava da possibilidade decorrente do avanço científico. O Senado Federal, no entanto, através da emenda nº 225, acrescentou um inciso, o III, ao artigo 1603 do projeto, para regular a nova situação.



Dispõe o artigo 1603 do projeto:

" Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos :

III - havidos por inseminação artificial, desde que tenha havido prévia autorização do marido".

O legislador, portanto, reconhece o avanço da ciência e admite que a lei não pode deixar de reconhecer a realidade, do mesmo modo como não pode ignorá-la o juiz, embora pouco precisa a redação, que não cuida dos limites de tempo, para a fertilização, o que pode, de futuro, gerar situações de difícil solução.

Não se nega que, mesmo com o texto do novo Código, se vier a ser aprovado, ainda persistirão algumas dúvidas, decorrentes do texto desse inciso III, do artigo 1603, porque a emenda nº 225, cuidou apenas da presunção da legitimidade da filiação, nesses casos, deixando, lamentavelmente, de cuidar de sua aplicação também em relação ao direito sucessório, dada a possibilidade de verificar-se a fertilização e o nascimento muito tempo após o óbito, quando já definitivamente consolidados os efeitos decorrentes de inventário e partilha de bens. Mas, este é assunto que, por enquanto, cabe apenas ao legislador.

Em resumo, desnecessária, por ora, qualquer providência em relação ao registro de nascimento, inviável, também por enquanto, alteração do assento de óbito, sendo indispensável a prévia declaração da paternidade, para futuras anotações.

Ante o exposto, e com estas observações, dou provimento, em parte, ao recurso.


OLAVO SILVEIRA
Relator