

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

**O FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HOMÓLOGA E  
IMPLANTADO *POST MORTEM* COMO SUJEITO DE DIREITOS SUCESSÓRIO E  
DE FILIAÇÃO**

**PRISCILA MEIRELES DE SOUSA**

Florianópolis

2014

**PRISCILA MEIRELES DE SOUSA**

**O FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HOMÓLOGA E  
IMPLANTADO *POST MORTEM* COMO SUJEITO DE DIREITOS SUCESSÓRIO E  
DE FILIAÇÃO**

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.

Orientadora: Renata Raupp Gomes

Florianópolis

2014



Universidade Federal de Santa Catarina  
Centro de Ciências Jurídicas  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

### TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada  
O filho havido por fertilização in vitro homóloga  
e implantado post mortem como sujeito de direitos  
sucessório e de filiação,  
elaborada pelo acadêmico  
Priscila Meireles de Sousa  
defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros  
abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0  
(DCE), sendo julgada adequada para o cumprimento do  
requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela  
Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem  
como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 11 / 07 / 2014.

[Assinatura]  
(nome do orientador)

[Assinatura]  
(nome de um membro titular)

[Assinatura]  
(nome do outro membro titular)

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.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço àquela força que surge de forma mágica em momentos difíceis, àquela sensação de plenitude na felicidade, àquele sentimento de que a vida, de fato, vale a pena. Agradeço àquele que alguns chamam de Deus, mas que prefiro denominar “segredo do Universo”.

Ademais, sou imensamente grata pelo apoio dado pelos meus pais, Sandra e Mário, que puderam acompanhar de perto a evolução de meu trabalho, sempre facilitando o caminho. Tenho, por eles, amor que transborda e admiração que aumenta na medida em que, por minha maturidade, consigo vislumbrar sua grandeza e sabedoria.

Há, também, uma dupla excepcional que me acompanha desde meu nascimento, à qual gostaria de agradecer pelo carinho e colaboração presentes em todos os períodos de minha vida. Minha avó, Dilma, e meu tio, Márcio, são pessoas iluminadas. Sou grata, de coração, por irradiarem sua luz em meu caminho; com ela, já cheguei até aqui.

Contudo, além das pessoas especiais que estão juntas comigo desde o início de minha vida, há aquelas que surgiram depois. Tenho que destacar uma em especial. Sempre ao meu lado, ouviu-me, por diversas vezes, falar a respeito deste trabalho, acreditando sempre na sua conclusão e em minha capacidade. Agradeço ao Matheus, meu namorado, por suas palavras e abraços que tanto me ajudaram neste final de faculdade: foram imprescindíveis.

À Professora Renata Raupp Gomes sou imensamente grata por ter aceitado o convite para ser minha orientadora neste trabalho, o qual necessitou de seu conhecimento inquestionável acerca dos direitos de família e sucessório. Sempre a admirei muito no decorrer de minha graduação, e não há honra maior do que poder contar com sua orientação nesta trajetória. Agradeço pela paciência e colaboração. Não poderia ter escolhido melhor.

Por fim, agradeço a todos que colaboraram de alguma forma para a elaboração deste trabalho.

A vida nos ensina a valorizar. A vida nos ensina a admirar.

***Bem no fundo***

*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***

## RESUMO

A presente monografia objetiva analisar a possibilidade de aplicação, sob a luz do ordenamento jurídico pátrio, dos direitos de filiação e sucessório ao filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à morte do genitor e implantado no útero materno após esta. Utiliza-se, para tanto, o método dedutivo. A fertilização *in vitro* possibilita a ocorrência de embriões excedentários, gerando estas discussões acerca do *status* biológico e jurídico que assumem. Considerando-se, contudo, que o filho já tenha nascido em decorrência da situação descrita, verifica-se a existência do direito à filiação. Percebe-se, claramente, a aplicação do art. 1.597, IV, do Código Civil, segundo o qual se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de fertilização *in vitro* homóloga. Ressalta-se que a presunção legal ocorrerá somente quando houver prévia autorização, por escrito, do falecido genitor, e a genitora mantiver o estado de viuvez, conforme Enunciados da Jornada de Direito Civil e Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina. Todavia, não incidindo a presunção legal em virtude da falta de atenção a estes requisitos, há que se afirmar, em virtude de o direito à filiação se encontrar acima do direito à reprodução, que o filho poderá ser reconhecido pelo critério biológico. Ademais, em interpretação ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, observa-se que a aplicação do art. 1.597 deve ser estendida aos casos de união estável. Discutida a aplicação do instituto da filiação, destaca-se o direito a suceder do filho havido na circunstância descrita, uma vez que, sendo ser já concebido quando da morte do genitor, aplica-se a esta o art. 1.798 do Código Civil, pelo qual se legitimam a suceder aqueles já concebidos quando da abertura da sucessão, a qual coincide com o falecimento do *de cujus*. Em análise às possibilidades dadas pelo ordenamento jurídico vigente, ainda que nascido o filho após a realização do inventário e partilha dos bens, este poderia - fazendo-se, para tanto, uma interpretação analógica -, por meio da ação de petição de herança (art. 1.824 do Código Civil), demandar o reconhecimento de seu direito sucessório. Observa-se, entretanto, a necessidade de elaboração de lei específica para o caso em comento, o qual, no ordenamento atual, gera incertezas nos ramos dos direitos de filiação e sucessório. Seja regulamentando de forma completa a utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem* ou a proibindo definitivamente, o legislativo deve se manifestar. Há, atualmente, alguns projetos de lei que tratam do assunto.

**Palavras-chave:** Reprodução medicamente assistida. Embriões excedentários. Fertilização *in vitro*. Direito de filiação. Direito das sucessões.

## ABSTRACT

This monograph aims to examine the possibility, in the light of national legal system, of application of the affiliation and inheritance rights to the child born by *in vitro* fertilization done before father's death and implanted in his mother's womb after that. It was used the deductive method. The *in vitro* fertilization allows the occurrence of extra embryos, situation that creates discussions about its biological and legal *status*. Considering, however, that the child had already born in the described situation, is verified the existence of affiliation rights. The application of the article 1.597, IV, of Civil Code, is clearly seen. This article shows that the child born, at any time, by extra embryos, has the conception presumed during the marriage. It is emphasized that this legal presumption will only occur when there's father's permission, in writing, and when the mother maintains the widowhood, as Journey of Civil Law and Federal Council of Medicine's Resolution n. 2.013/13. However, if the legal presumption is not applied due the lack of attention to these requirements, considering that the right of affiliation is above the right of reproduction, the child may be recognized by the biological way. Moreover, interpreting the article 226, § 3º, of the Constitution, it is observed that the application of article 1.597 should be extended to cases of stable union. Discussed the application of the affiliation rights, now is verified the application of the inheritance rights to the child born in that described situation according to the article 1.798 of Civil Code, which says that those already conceived when succession is opened have legitimacy to succeed. In analyzing the opportunities offered by current legislation, even if the birth happens after the inventory and the distribution of property - by doing analogical reasoning -, could be used, by the heir, the petition of inheritance (article 1.824 of the Civil Code) to demand recognition of his inheritance right. It is noticed, however, the need of creation of specific laws for the case under discussion, which, in the current national legal system, creates uncertainties in the affiliation and inheritance rights. Regulating or prohibiting the use of *post mortem* assisted reproduction technologies, the Legislative Branch must do something. There are, currently, few bills dealing with the matter.

**Key words:** Assisted reproduction. Extra embryos. *In vitro* fertilization. Affiliation rights. Inheritance rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA.....</b>	<b>13</b>
1.1 Histórico das técnicas de reprodução medicamente assistida.....	13
1.2 Técnicas de reprodução medicamente assistida.....	15
1.2.1 Reprodução <i>in vivo</i> e reprodução <i>in vitro</i> .....	15
1.2.2 Reprodução medicamente assistida homóloga e heteróloga.....	18
1.2.3 Fertilização <i>in vitro</i> e embriões excedentários.....	19
<b>2. O INÍCIO DA VIDA, DA PERSONALIDADE CIVIL E A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS.....</b>	<b>22</b>
2.1 Teorias do início da vida.....	22
2.1.1 Teoria concepcionista.....	22
2.1.2 Teoria da singamia.....	24
2.1.3 Teoria da cariogamia.....	24
2.1.4 Teoria da nidação.....	25
2.1.5 Teoria da formação rudimentar do sistema nervoso.....	26
2.1.6 Teoria do décimo quarto dia.....	27
2.1.7 Teoria da pessoa humana em potencial.....	28
2.2 Início da personalidade civil.....	29
2.2.1 Breve histórico.....	29
2.2.2 Teorias do início da personalidade civil.....	31
2.2.2.1 Teoria natalista.....	31
2.2.2.2 Teoria da personalidade condicional.....	32
2.2.2.3 Teoria concepcionista.....	33
2.3 Natureza jurídica do embrião humano pré-implantatório.....	35
<b>3. O DIREITO À FILIAÇÃO DO FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> HOMÓLOGA E IMPLANTADO <i>POST MORTEM</i>.....</b>	<b>39</b>
3.1 Filiação: noções conceituais, evolução histórica no Brasil e sua interpretação à luz do Direito Civil-Constitucional.....	39
3.2 Modos e presunções de filiação.....	43
3.2.1 Presunção legal de filiação: art. 1.597 do Código Civil.....	44
3.2.1.1 Presunção de filiação nos termos do art. 1.597, IV, do Código Civil: o embrião já concebido quando da morte do genitor e implantado após a sua ocorrência.....	49
3.2.1.1.1 Necessidade de prévia autorização do marido ou companheiro.....	50

3.2.1.1.2 Necessidade de permanência do estado de viuvez.....	54
3.3 Necessidade de previsão legal específica para o assunto.....	55
<b>4. O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i></b>	
<b>HOMÓLOGA E IMPLANTADO <i>POST MORTEM</i>.....</b>	<b>58</b>
4.1 Direito das sucessões.....	58
4.1.1 Conceito.....	58
4.1.2 Evolução histórica.....	59
4.1.3 Abertura da sucessão, momento da transmissão da propriedade e da posse da herança e espécies de sucessão.....	62
4.2 Aplicação do art. 1.798 do Código Civil ao caso do filho havido por fertilização <i>in vitro</i> homóloga anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta.....	66
4.3 Necessidade de previsão legal específica para o assunto e projetos de lei existentes.....	71
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>
<b>ANEXO A.....</b>	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

Com o avanço da Medicina, principalmente a partir da década de 1970, as técnicas de reprodução medicamente assistida se desenvolveram rapidamente. Contudo, nem sempre a evolução da ciência médica é acompanhada pela legislação dos países. Com o Brasil, não foi diferente.

Neste trabalho, serão abordadas as questões relacionadas à aplicabilidade dos direitos de sucessão e de filiação, no direito pátrio, ao filho nascido através de fertilização *in vitro* homóloga e implantado no útero materno somente após a morte do genitor. Ou seja, quando do falecimento do doador do material genético, o embrião, criopreservado, já existia.

O assunto escolhido justifica-se pela importância de se definir, por lei, as consequências da reprodução medicamente assistida nos direitos referentes à filiação e à sucessão *causa mortis*. O assunto é escassamente tratado no Código Civil de 2002, havendo tão-somente esclarecimentos em outros diplomas que não possuem força de lei, como os Enunciados da Jornada de Direito Civil e as resoluções expedidas pelo Conselho Federal de Medicina.

Destarte, no intuito de cessar a insegurança jurídica que paira sobre aqueles institutos quando da utilização da reprodução assistida, há que se verificar a aplicabilidade da lei brasileira atual aos casos que, porventura, possam vir a existir, bem como a imprescindibilidade de elaboração de lei específica para o assunto.

Para efeitos de pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo, de forma que serão apresentados argumentos gerais, verdadeiros e inquestionáveis, a respeito dos assuntos tratados (reprodução humana medicamente assistida, direitos de filiação e das sucessões), chegando-se a conclusões formais, estando estas restritas somente à lógica das premissas elaboradas. Salienta-se, ademais, que o tema do trabalho será abordado com a utilização da técnica bibliográfica, apoiando-se em doutrinas, legislações pertinentes ao assunto, projetos de lei e sites específicos.

No primeiro capítulo, tratar-se-á da reprodução humana medicamente assistida. Nesta seção, será analisada sua evolução histórica, sendo elaborada uma breve trajetória cronológica, desde as primeiras pesquisas realizadas sobre embriologia já no século 5 a.C. pelos gregos, passando pela Idade Média, em que ocorreram as primeiras técnicas de reprodução artificial principalmente por parte dos árabes, pelo século XVIII, em que Lázaro

Spallanzani realizou a primeira experiência exitosa envolvendo a reprodução assistida de mamíferos, até o século XX, período em que os estudos e pesquisas sobre a reprodução humana assistida ampliam-se de forma significativa, culminando com a possibilidade de fertilização *in vitro* a partir da década de 1970.

Ademais, ainda no mesmo capítulo, serão elucidadas as formas de realização da reprodução humana medicamente assistida, destacando-se as diferenças existentes entre a reprodução *in vivo* e a *in vitro*, assim como entre a reprodução homóloga e a heteróloga. Por fim, dar-se-á destaque à técnica de reprodução assistida realizada extracorporeamente, ou seja, à fertilização *in vitro*, uma vez ser este o procedimento pelo qual é possível a ocorrência de embriões excedentários, quais sejam, aqueles não prontamente introduzidos na mulher, sendo, então, preservados por meio de técnicas especiais - tem-se, neste caso, a criopreservação destes embriões.

No segundo capítulo, de maneira a trazer ao trabalho, brevemente, as questões polêmicas que envolvem a existência de embriões excedentários, serão expostas as principais teorias acerca do início da vida e da personalidade civil, tratando, ao final, da natureza jurídica do embrião criopreservado pré-implantatório.

No que se refere ao terceiro capítulo, estudar-se-á a possibilidade de reconhecimento, no ordenamento jurídico pátrio, da filiação nos casos em que o filho nascido decorreu de fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à morte do genitor, tendo sido implantado no útero materno após esta.

Primeiramente, na seção em comento, serão abordadas as noções conceituais referentes ao instituto da filiação, sua evolução histórica no Brasil e a interpretação que atualmente recebe à luz do Direito Civil-Constitucional, salientando-se a obrigatoriedade de tratamento isonômico aos filhos no que diz respeito a sua origem, de forma que não se pode mais dissertar a respeito de efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais, filhos e irmãos no que se refere às relações de parentesco.

Seguir-se-á, nesta seção, com a análise dos modos e presunções de filiação, em que serão tratados os critérios legal, biológico e socioafetivo, adentrando-se, com mais atenção, no estudo dos casos de presunção *pater is est* previstos no art. 1.597 do Código Civil de 2002 (critério legal), uma vez que a situação trazida à discussão neste trabalho enquadrar-se-ia no inciso IV de referido dispositivo, incidindo a presunção de filiação nos casos em que o filho, havido a qualquer tempo - e, portanto, podendo nascer após a morte do genitor -, decorreu da

implantação de embrião excedentário (originado de reprodução assistida homóloga).

Será tratada, além disso, a possibilidade de aplicação dos casos de presunção de filiação constantes no art. 1.597 do Código Civil, os quais se referem à necessidade de serem filhos decorrentes da “constância do casamento”, à união estável, sob a luz da Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º).

Ainda no terceiro capítulo, sendo discutida a possibilidade de reconhecimento da filiação no caso supracitado, dissertar-se-á a respeito dos posicionamentos doutrinários quanto à necessidade de prévia autorização por parte do genitor (ex-companheiro ou ex-cônjuge) para a implantação do embrião após sua morte, revelando, ademais, as possíveis formas pelas quais se daria referida autorização, assim como a respeito da necessidade de permanência do estado de viuvez.

Ainda, serão consideradas as consequências, para a filiação, de uma implantação do embrião sem autorização do falecido pai. De maneira mais apurada, concluindo esta seção, poderá ser verificada a necessidade de previsão legal específica para referido assunto.

Finalmente, o quarto e último capítulo abordará a possibilidade de reconhecimento de direito sucessório ao caso do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga realizada anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta.

Assim sendo, será estudada a expressão “concebidas” contida no art. 1.798 do Código Civil, o qual dispõe que são legitimadas a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão, uma vez que os embriões excedentários, a depender da doutrina analisada, podem ser considerados concebidos ou não.

Partindo o presente trabalho, todavia, do entendimento de que os embriões excedentários já estão concebidos, trabalhar-se-á com a possibilidade de aplicação do art. 1.798 do Código Civil ao caso sob análise, encontrando, em referido assunto, posicionamentos doutrinários divergentes, bem como ideias acerca de como seria realizada a transmissão da herança, no ordenamento jurídico atual, ao filho que nascerá tempos depois da morte do *de cujus*, podendo já ter ocorrido, inclusive, a partilha dos bens entre os demais herdeiros.

Concluindo a presente monografia, assim como vislumbrado quando da apreciação do instituto da filiação no terceiro capítulo, discutir-se-á a necessidade de previsão legal específica para o assunto referente à reprodução medicamente assistida e suas consequências no direito sucessório, fazendo-se menção aos projetos de lei que tratam do tema.

## 1. A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Neste capítulo, pretende-se discorrer brevemente sobre o histórico da reprodução medicamente assistida e suas principais técnicas, dando-se enfoque, principalmente, à fertilização *in vitro*, técnica que permite a produção de embriões excedentes e, conseqüentemente, sua implantação *post mortem* no útero feminino.

Ademais, serão abordados os dois tipos de reprodução medicamente assistida no que diz respeito à procedência dos gametas envolvidos no procedimento (homóloga e heteróloga).

### 1.1 Histórico das Técnicas de Reprodução Humana Medicamente Assistida

Os relatos históricos deixam evidente que o ser humano sempre se preocupou com a perpetuação de sua espécie. Já no século 5 a.C., os gregos contribuíram para pesquisas relacionadas à embriologia.<sup>1</sup> Hipócrates, considerado o “pai da Medicina”, no período mencionado, teria realizado os primeiros estudos embriológicos, os quais podem ser encontrados em seus livros.

Ainda no século 4 a.C., Aristóteles, filósofo grego, escreveu um tratado de embriologia acerca do desenvolvimento dos embriões. Cientistas dão ao filósofo o título de “fundador da Embriologia”, apesar de ter concluído que o embrião se desenvolvia a partir de uma massa amorfa.<sup>2</sup>

Claudius Galeno, médico grego, escreveu sobre o desenvolvimento e a nutrição dos fetos no século 2 d.C., tendo em sua obra “Sobre a Formação do Feto” estudos a respeito de estruturas atualmente denominadas alantóide, âmnio e placenta.<sup>3</sup>

A Idade Média, período compreendido entre os séculos V e XV, foi marcada pela lenta evolução das ciências. Contudo, há registros de utilização da técnica de reprodução assistida no ano de 1332 pelos árabes, com fins estratégicos durante a guerra: os equinos dos adversários eram inseminados com material fecundante de outros equinos inválidos, ou seja, velhos e/ou doentes, bem como eram subtraídos os sêmens de cavalos saudáveis da parte inimiga para melhora da espécie pertencente à parte contrária do conflito.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 28

<sup>2</sup> MOORE, Keith L.; PERSUAD, T. V. N.. *Embriologia clínica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000. p. 9

<sup>3</sup> MOORE, 2000, p. 9

<sup>4</sup> FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 48-49

Com isso, tem-se que as “primeiras experiências de técnicas de reprodução artificial ocorreram no século XIV, em que os povos árabes buscavam a criação de uma raça de cavalos mais fortes e resistentes.”<sup>5</sup>

Há registros, ademais, que indicam a realização de inseminações artificiais em peixes no século XIV, bem como no bicho-da-seda, no século XV.<sup>6</sup>

Com o surgimento do microscópio no final do século XVI, no ano de 1590, pelo cientista Antonie van Leeuwenhoek, experimentos no ramo da embriologia puderam se desenvolver de maneira mais acelerada.<sup>7</sup>

No que diz respeito às pesquisas sobre inseminação artificial, tem-se que, através do naturalista italiano, Lázaro Spallanzani, a primeira “experiência científica exitosa (e comprovada), envolvendo a reprodução assistida de mamíferos, data de 1777.”<sup>8</sup>

Referido cientista teria, por meio de ensaios com fecundação de óvulos de rãs, conseguido obter três filhotes de uma cadela que, quando no cio, nela foi introduzido o sêmen de um cão.<sup>9</sup>

No ano de 1910, o russo Elie Ivanof obteve êxito na conservação do líquido seminal fora do organismo, utilizando-se da técnica de resfriamento. A partir desta descoberta, com a ampliação dos estudos e pesquisas sobre a reprodução humana, por volta de 1940 surgiram os primeiros bancos de sêmen nos Estados Unidos e, em 1980, o primeiro banco de embriões humanos criopreservados na Austrália.<sup>10</sup>

No que diz respeito à fertilização *in vitro* com a utilização de óvulos humanos, à formação de embriões com posterior transferência para o útero e à coleta de óvulos, no período compreendido entre os anos de 1970 e 1975, pesquisas são feitas de forma destacada nos Estados Unidos, Inglaterra, Suécia e Austrália.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> SAVIN apud SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 188

<sup>6</sup> FERNANDES, 2000, p. 49

<sup>7</sup> MACHADO, 2003, p. 29

<sup>8</sup> 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 assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 672

<sup>9</sup> PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 273

<sup>10</sup> FERNANDES, 2000, p. 521-522

<sup>11</sup> MACHADO, 2003, p. 31

Finalmente, graças aos cientistas britânicos, Dr. Patrick Steptoe e Robert Edwards, após pesquisas feitas ao longo de quinze anos, nasce em 26 de julho de 1978, na cidade de Oldham, Inglaterra, Louise Joy Brown, primeiro bebê decorrente de fecundação *in vitro*, com a utilização dos gametas de seus pais, John e Lesley.

Os cientistas descrevem o procedimento realizado:

Fizemos as primeiras transferências intrafalopianas de gametas (em nossos termos, recuperação de ovócitos com inseminação intratubária), criopreservamos ovócitos e embriões, realizamos a transferência de ovócitos para um recipiente e, finalmente, os movemos para o ciclo menstrual natural de fertilização *in vitro*, cronometrando de perto o hormônio luteinizante presente na urina surgido em nossas pacientes. Lesley Brown foi a segunda paciente de ciclo natural, seu único ovócito foi aspirado em poucos minutos, inseminado rapidamente e transferido exatamente quando atingiu o estágio de oito células. Eu esperava que uma transferência antecipada seria benéfica pelo fato de os embriões ficarem menos tempo *in vitro*. Após uma agitada gravidez (Fig. 3), Louise Brown nasceu em 26 de julho de 1978, em uma noite memorável em Oldham.<sup>12</sup>

No Brasil, o nascimento de Anna Paula Caldeira, primeira criança originada de fecundação *in vitro*, ocorreu em 07 de outubro de 1984.<sup>13</sup>

## 1.2 Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida

### 1.2.1 Reprodução *In Vivo* e Reprodução *In Vitro*

Primeiramente, importante acentuar que as novas técnicas de criação do ser humano em laboratório, através da utilização de componentes genéticos da fecundação, no intuito de, por exemplo, concretizar desejos relacionados a descendência e procriação por parte de casais estéreis, assim como a vontade de manipular a origem de seres humanos a qualquer momento, a depender da necessidade, traz sérios questionamentos à ciência jurídica devido aos graves dilemas éticos que a permeiam.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> EDWARDS, Robert G.; STEPTOE, Patrick C. Current status of in-vitro fertilisation and implantation of human embryos. *The Lancet*, v. 322, n. 8362. p. 1265-1269, 1983, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.nature.com/nm/journal/v7/n10/full/nm1001-1091.html>>. Acesso em: 04 abr. 2014. (We did the first gamete intra-Fallopian transfers (in our terms, oocyte recovery with tubal insemination), cryopreserved oocytes and embryos, accomplished oocyte donation to a recipient, and finally moved to natural-menstrual-cycle IVF by closely timing the urinary luteinizing hormone surge in our patients. Lesley Brown was the second natural-cycle patient; her single oocyte was aspirated within minutes, inseminated quickly and transferred exactly as it reached the eight-cell stage. I hoped earlier transfer would benefit from the embryos' spending less time in vitro. After an eventful pregnancy (Fig. 3), Louise Brown was born on 26 July 1978 on a momentous evening in Oldham.)

<sup>13</sup> MOURA, Marisa Decat de et al. Reprodução assistida: um pouco de história. *Revista da SBPH*, v. 12, n. 2, p. 23-42, 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151608582009000200004&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151608582009000200004&script=sci_arttext&tlng=en)>. Acesso em: 04 abr. 2014

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 521-522

A reprodução medicamente assistida tem por finalidade ajudar àqueles que, utilizando-se somente de métodos convencionais, não conseguem realizar a procriação. As causas das dificuldades encontradas na reprodução sem assistência médica são, dentre outras, esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozóides, obstrução do colo uterino e doença hereditária.<sup>15</sup>

A esterilidade é uma doença, ou uma consequência desta, que envolve componentes de ordem física, psíquica e social. Desta forma, qualquer procedimento que vise a remediá-la, fazendo com que desapareça a causa que a origina, deve ser entendido como terapia.<sup>16</sup>

No que diz respeito à reprodução medicamente assistida, portanto, verifica-se que esta não pode ser incriminada ou reprovada por falsos moralismos antes de ser entendida e ponderada a necessidade orgânica de filhos proveniente da mulher, bem como a necessidade psicológica diante do desejo de procriação do ser humano, em face da esterilidade conjugal.<sup>17</sup>

Há, quanto à classificação, dois tipos de técnica de reprodução medicamente assistida, quais sejam, *in vivo* e *in vitro*. A primeira decorre da inseminação do gameta masculino no próprio órgão feminino; a segunda, por outro lado, é realizada externamente ao corpo feminino.<sup>18</sup>

A fertilização *in vivo* é realizada através da técnica que prescinde de manipulação externa do óvulo ou do embrião para a inoculação do sêmen na mulher. Já a fertilização *in vitro* opera-se pelo método através do qual o óvulo é retirado do corpo feminino para posterior fecundação na proveta, introduzindo o embrião no útero do mesmo corpo ou em outro.<sup>19</sup>

A técnica de reprodução *in vivo* realiza-se por meio de procedimentos mais simples, consistindo na introdução de gametas no interior do útero da mulher a ser inseminada, enquanto que, na técnica de reprodução *in vitro*, o processo torna-se mais complexo, uma vez que exige diversas etapas, quais sejam, indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação do esperma e, por fim, inseminação e cultura dos embriões.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> DINIZ, 2008, p. 524-525

<sup>16</sup> VIDAL, Marciano. *Bioética: estudos de bioética racional*. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 95

<sup>17</sup> LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Inseminação artificial*. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 408

<sup>18</sup> FERNANDES, 2000, p. 55

<sup>19</sup> DINIZ, 2008, p. 524-525

<sup>20</sup> FERNANDES, 2000, p. 55

Cumprе salientar que o método de fertilização intracorpórea, visando à eliminação de problemas decorrentes de perturbações psíquicas ou deficiência física, caracteriza-se pela assistência de um ato que, primordialmente, seria realizado pelos cônjuges ou companheiros. É obtida a fertilização sem o ato sexual, ocorrendo tão somente com o auxílio de recursos mecânicos, perfazendo-se com a introdução do sêmen no interior do organismo feminino.<sup>21</sup>

De acordo com Reinaldo Pereira e Silva, a fecundação intracorpórea pode ser dividida em duas modalidades:

[...] a primeira, inseminação artificial e a segunda, transferência de gametas, por sua vez, a inseminação artificial subdivide-se em inseminação clássica, inseminação intraperitonal direta e intrafolicular direta e, a transferência de gametas subdivide-se em transferência intratubária de gametas (GIFT), intrabdômnal e intra-uterina.<sup>22</sup>

Já o método de fertilização extracorpórea consiste em permitir o encontro do óvulo com o espermatozóide fora do organismo da mulher, numa placa de cultura ou em um tubo de ensaio, de maneira a contornar a infertilidade, dirimindo um obstáculo que impede o encontro dos gametas feminino e masculino (infertilidade tubária), ou, de forma mais rara, a destruição dos espermatozóides no organismo da mulher (infertilidade imunológica).<sup>23</sup>

Para Tycho Brahe Fernandes, a fertilização *in vitro* seria:

[...] um processo mais elaborado, pois tanto os gametas femininos quanto os gametas masculinos são retirados dos respectivos organismos e a fecundação ocorre em laboratório, de forma extra-uterina, em meio onde é reproduzido artificialmente o ambiente da trompa de falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o embrião é transferido para o útero.<sup>24</sup>

Une-se, pois, os óvulos aspirados aos espermatozóides em um disco plástico, sendo mantidos em uma estufa de três a cinco dias, no intuito de se selecionar os embriões que melhor se adaptarão ao organismo da futura genitora. Tais embriões são introduzidos no útero em quantidade que viabilizará o desenvolvimento do ser no corpo feminino, sendo que os embriões excedentes permanecem criopreservados para posterior inseminação.<sup>25</sup>

Referido procedimento ocorreria, segundo Reinaldo Pereira e Silva, em sete etapas:

<sup>21</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002a. p. 54

<sup>22</sup> SILVA, 2002a, p. 53

<sup>23</sup> SILVA, 2002a, p. 60-61

<sup>24</sup> FERNANDES, 2000, p. 57

<sup>25</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e das sucessões*. 3 ed. rev. atual. e amp. vol 4. São Paulo: RT, 2004. p.332

[...] a) a estimulação da produção de gametas femininos; b) a obtenção de gametas masculinos e feminino; c) a armazenagem de gametas; d) a fertilização dos óvulos (gametas femininos); e) a cultura *in vitro* dos zigotos em clivagem; f) a criopreservação dos conceitos; e, g) a introdução dos conceitos na cavidade uterina da mulher.<sup>26</sup>

Assim, diferenciadas as técnicas de reprodução medicamente assistida ocorridas *intra* e *extracorporeamente*, há que se discorrer sobre a classificação dada à técnica quando são utilizados gametas do próprio casal ou de terceiros.

### 1.2.2 Reprodução Medicamente Assistida Homóloga e Heteróloga

Se a introdução do sêmen é realizada na futura mãe, podemos distinguir a inseminação em homóloga ou heteróloga. A inseminação é dita homóloga se existe um casal no processo da reprodução, e o sêmen provém do varão. Sempre que houver a doação de sêmen, ou seja, provier este de um terceiro, ocorre a inseminação heteróloga.<sup>27</sup>

Sendo feita a reprodução medicamente assistida por meio da fertilização *in vitro*, torna-se necessário implantar o embrião no útero da mãe, ou de uma hospedeira. Quando implantado no útero da mãe e o sêmen é do varão, ocorre a inseminação homóloga, contudo, quando o útero é da mãe, mas o sêmen é de um terceiro doador, tem-se a inseminação heteróloga.<sup>28</sup>

Caso o embrião seja implantado no útero de uma hospedeira, também se fala em inseminação heteróloga, uma vez que pode ser tanto o sêmen quanto o sêmen e óvulo originados de terceiros.<sup>29</sup>

Tem-se por homóloga, portanto, a reprodução assistida “[...] que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges”<sup>30</sup>, ou seja, quando, embora fértil, o casal não consegue alcançar a fecundação por meio do ato sexual.

Destarte, o motivo que leva os casais a procurarem por referida técnica deve-se por ausência de ambiente propício para a fecundação, estando, todavia, presentes os elementos

<sup>26</sup> SILVA, 2002a, p. 61-62

<sup>27</sup> MACHADO, 2003, p. 34

<sup>28</sup> MACHADO, 2003, p. 34

<sup>29</sup> MACHADO, 2003, p. 34

<sup>30</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relação de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693*, volume XVI. São Paulo: Atlas, 2003. p. 50-51

genéticos.<sup>31</sup>

Nas palavras de Tycho Brahe Fernandes:

[...] pode-se afirmar que se entende por fecundação homóloga o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização dos gametas masculino e feminino provenientes de um casal, casado ou vivendo em união estável, que assumirá a paternidade e a maternidade daquela criança.<sup>32</sup>

No que diz respeito à reprodução assistida heteróloga, pode-se afirmar, a princípio, que nesta se utiliza “[...] sêmem ou óvulo de uma pessoa estranha ao casal paciente, ou seja, ocorre a doação de material genético por terceira pessoa”.<sup>33</sup> Desta forma, na técnica heteróloga, em suas variadas modalidades, o fator biológico, seja da parte materna ou da parte paterna, não poderá ser considerado.<sup>34</sup>

Há entendimento no sentido de que, na reprodução assistida heteróloga, um ou ambos os tipos de gametas do casal não são viáveis, de forma que se torna necessário recorrer à doação de espermatozóides e/ou de óvulos.<sup>35</sup>

Desta forma, em resumo ao exposto, observa-se que ocorre “inseminação artificial homóloga quando o material genético pertence ao casal interessado; heteróloga, quando o material genético não provém do casal ou de um dos componentes deste.”<sup>36</sup>

### 1.2.3 Fertilização *In Vitro* e os Embriões Excedentários

Tem-se por embrião excedentário aquele fecundado fora do corpo através da técnica de fertilização *in vitro* e não introduzido prontamente na mulher, sendo armazenado por técnicas especiais.<sup>37</sup>

Neste sentido, “[...] são os embriões resultantes de técnicas de procriação medicamente assistida que não foram implantados no útero da mulher e, por isso, foram

---

<sup>31</sup> FERNANDES, 2000, p. 52

<sup>32</sup> FERNANDES, 2000, p. 52

<sup>33</sup> ORSELLI, Helena de Azeredo. *A reprodução humana medicamente assistida e seus reflexos jurídicos na filiação*. Revista Jurídica, Blumenau, ano 7, n. 13, p.67-87, jun. 2003

<sup>34</sup> GAMA, 2003, p. 474

<sup>35</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. 5 ed. São Paulo: Loyola, 2000. p. 221

<sup>36</sup> MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4267>>. Acesso em: 17 abr. 2014

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292

congelados até ser decidido o seu destino.”<sup>38</sup>

A fertilização *in vitro* traz consigo uma séria consequência: a produção de mais de um embrião. Baseando-se em estudos médicos, verifica-se que o ovário da mulher, a cada ciclo menstrual, libera um óvulo. Ao ser utilizada a técnica de reprodução medicamente assistida, o médico, através de medicamentos, estimula a mulher à hiperovulação, fazendo com que o ovário libere mais de um óvulo em referido ciclo.<sup>39</sup>

No que concerne à fertilização *in vitro*, a qual tem como pressuposto a retirada de óvulos do corpo da mulher para posterior fecundação extracorpórea, verifica-se, destarte, a indução da hiperovulação, uma vez que se leva em consideração a possibilidade de fracasso, diminuindo a necessidade de nova intervenção cirúrgica para a retirada de outros óvulos em outra tentativa.<sup>40</sup>

No intuito de aumentar o sucesso da técnica, portanto, diversos óvulos são fecundados. Segundo Raquel de Lima Soares Alvarenga:

Dependendo da idade da mulher, alguns óvulos produzidos espontaneamente têm alterações cromossômicas, o que não impede a fecundação, mas impede a implantação e o desenvolvimento normal do embrião. A frequência das alterações cromossômicas aumenta com a idade da mulher, chegando a aproximadamente 70% dos óvulos produzidos em mulheres de 40 anos ou mais. Considerando que nem todos os óvulos poderão ser fecundados, que nem todos os fecundados se tornarão embriões, e que nem todos os embriões serão implantados, se fazem necessárias as fecundações de mais de um óvulo.<sup>41</sup>

Se somente alguns dos embriões disponibilizados são implantados no corpo feminino, seja em virtude de os demais não terem se desenvolvido suficientemente, ou não terem sido transplantados para que se evite a gravidez múltipla, tornam-se estes embriões excedentes, os quais ficam criopreservados.<sup>42</sup>

Neste ponto, cumpre adiantar que o foco deste trabalho versa sobre a possibilidade de implantação de embriões excedentes no útero da mulher, quando se tratar de fertilização *in vitro* homóloga, em momento posterior à morte do genitor (estando, portanto,

---

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 599-600

<sup>39</sup> ORSELLI, 2003, p. 77

<sup>40</sup> ORSELLI, 2003, p. 77

<sup>41</sup> ALVARENGA, Raquel de Lima Soares. *Considerações sobre o congelamento de embriões*. In CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 233-234

<sup>42</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 91

criopreservados), este seu marido ou companheiro. A investigação tem por fundamento um exame da legislação vigente, bem como das perspectivas jurídicas possíveis para a construção de soluções capazes de responder às complexidades enfrentadas na matéria.

## 2. O INÍCIO DA VIDA, DA PERSONALIDADE CIVIL E A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO CRIOPRESERVADO

A partir da breve elucidação a respeito das diversas formas de reprodução medicamente assistida, dando-se destaque à fertilização *in vitro*, a qual possibilita a criopreservação de embriões, necessário trazer à discussão os critérios biológicos para a definição do início da vida humana, sob o enfoque da biomedicina, bem como dissertar a respeito da evolução do conceito de personalidade civil e das principais teorias pátrias acerca de seu início.

Compreender os conceitos de pessoa humana e de personalidade civil mostra-se imprescindível na medida em que a lei demarca, dentro da continuidade biológica, o momento em que uma nova pessoa humana pode ser externamente reconhecível, atribuindo-lhe direitos e obrigações jurídicas.<sup>43</sup>

Assim, passa-se à discussão das teorias sobre a natureza jurídica do embrião criopreservado, amparando-se, para tanto, nos conceitos de vida humana e personalidade civil.

### 2.1 Teorias do Início da Vida

#### 2.1.1 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista, influenciada pelo direito francês, defende que a personalidade jurídica possui início com a concepção, momento em que é originado um novo ser humano, o qual possui existência própria, sendo biologicamente diferente do organismo materno. Neste sentido, “[...] a criança concebida é um ser humano, capaz de sensações e sentimentos e o nascimento não é um começo, mas um passo.”<sup>44</sup>

O início da vida humana dar-se-ia, portanto, com a concepção, a qual ocorre de doze a vinte e quatro horas após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, caracterizada pela fusão dos pronúcleos dos gametas, o que geraria um novo ser.<sup>45</sup>

Para os adeptos de referido entendimento, estar-se-ia “[...] diante do zigoto, ser autônomo que possui a condição plena de pessoa, sendo-lhe inerentes todos os valores

---

<sup>43</sup> BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 19

<sup>44</sup> CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000. p. 32

<sup>45</sup> ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p. 579

pertencentes aos demais seres da mesma espécie.”<sup>46</sup>

Renata da Rocha explica que:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição, a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.<sup>47</sup>

Desta forma, o momento inicial da vida ocorreria, indiscutivelmente, no momento da concepção, na fertilização do óvulo e conseqüente formação do zigoto, antes mesmo de ocorrer a nidação, ou seja, antes do óvulo ser implantado no útero e independentemente deste processo.<sup>48</sup>

Nesta linha de pensamento, há que se destacar ser irrelevante se a fecundação é realizada *in vitro* ou no útero. Para os defensores da teoria, a única mudança advinda da evolução científica refere-se à capacidade de fecundar os gametas feminino e masculino externamente ao organismo da mulher. Defende-se, pois, que o início da vida sempre foi e sempre será o exato momento em que os gametas se encontram e se fundem.

Ensina Elio Sgreccia que:

Uma vez que o desenvolvimento biológico é ininterrupto e se realiza sem intrínseca mutação qualitativa, sem que seja necessária uma ulterior intervenção causal, deve-se dizer que a nova entidade constitui um indivíduo humano, o qual desde o instante da concepção continua o seu ciclo, ou melhor, a sua curva vital. A autogênese do embrião acontece de tal modo que a fase sucessiva não elimina a precedente, mas a absorve e a desenvolve, segundo uma lei biológica individualizada e controlada. Mesmo quando não é reconhecível ainda a figura humana, há centenas de milhares de células musculares que já fazem bater o coração primitivo; há dezenas de milhões de células nervosas que se reúnem em circuitos e se dispõem na formação do sistema nervoso de uma determinada pessoa.<sup>49</sup>

Da teoria concepcionista, decorrem outras duas, quais sejam, da singamia e da cariogamia, que serão a seguir analisadas.

<sup>46</sup> SOUSA, Fernanda dos Santos. *Células-tronco embrionárias: aspectos éticos e jurídicos da utilização dos embriões excedentes para fins terapêuticos à luz da lei de biossegurança*. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Metropolitana de Santos, Santos, 2009. p. 65

<sup>47</sup> ROCHA, Renata da. *O direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008. p. 75

<sup>48</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In: PENTEADO, Jaques de C., DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p.185-258

<sup>49</sup> SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. v. 1. p. 346

### 2.1.2 Teoria da Singamia

Originada da teoria concepcionista, a teoria da singamia defende não ser importante a junção dos materiais genéticos das células somáticas, tendo a vida humana início no instante em que o espermatozóide consegue transpassar a camada exterior do óvulo, penetrando-o. A razão de tal compreensão fundamenta-se no fato de que referido acontecimento biológico desencadeia diversas reações químicas que culminam, posteriormente, na junção do pronúcleos dos gametas.<sup>50</sup>

Elucidando o tema, Reinaldo Pereira e Silva:

[...] a teoria da singamia distingue-se da teoria da cariogamia na medida em que admite o primórdio da individualidade humana antes da concepção, isto é, no exato momento da fertilização, que ocorre quando apenas um, de aproximadamente duzentos a seiscentos milhões de espermatozóides liberados na ejaculação, consegue atravessar a zona pelúcida do óvulo, após passar através da corona radiata, constituída por camadas de células foliculares que igualmente circundam o óvulo.<sup>51</sup>

Por conseguinte, a junção dos gametas é irrelevante, considerando-se apenas a penetração do espermatozóide no óvulo como condição para a existência de vida humana. Haveria, pois, vida logo após a fecundação.<sup>52</sup>

### 2.1.3 Teoria da Cariogamia

Pela teoria da cariogamia, defende-se que o início da vida se dá com a concepção propriamente dita, ou seja, quando efetivamente ocorre a junção dos pronúcleos masculino e feminino. A partir de referido instante, um código genético próprio é criado, diferente este de qualquer outro existente.<sup>53</sup>

[...] na teoria da cariogamia o conceito de "concepção" é bem mais específico, já que apenas reconhece o início da existência humana após a fusão dos pronúcleos masculino e feminino no interior do ovo. Dessa maneira, a teoria da cariogamia defende que desde a concepção, entendida como a fusão dos pronúcleos dos gametas masculino e feminino, o que já existe é uma vida humana em ato, isto é, um indivíduo humano dotado de potencialidade. Rechaça-se, assim, a fórmula do Comitê Consultivo Francês de Ética (Comité Consultatif d'Éthique Français) segundo a qual o zigoto é um indivíduo humano potencial, ou pura potência de humanidade.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> SILVA, 2002a, p. 84-85

<sup>51</sup> SILVA, Reinaldo Pereira. Bioética e biodireito: as implicações de um reencontro. *Acta Bioethica*, v. 8, n. 2, 2002b. p. 199. Disponível em <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art04.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2014

<sup>52</sup> SOUSA, 2009, p. 68

<sup>53</sup> SILVA, Camila Francis. *O embrião humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2010. p. 27

<sup>54</sup> SILVA, 2002b, p. 199

Do novo código genético formado pela concepção, decorreriam, portanto: a) a identidade humana do zigoto; b) a sua individualidade, uma vez que o código genético diferencia-se dos demais seres humanos; e, c) a dotação de um genoma que concede ao conceito a plena potencialidade, e não a mera possibilidade de paulatina realização humana.<sup>55</sup>

Angelo Serra, defensor da teoria, afirma:

Este genoma em qual, para usar uma compreensível analogia, está escrito o plano e o programa do desenvolvimento de um novo ser humano, representa a estrutura dinâmica necessária, ainda quando não suficiente, para o desenvolvimento ordenado, e intrinsecamente orientado e governado do novo sujeito até o encerramento de seu ciclo vital.<sup>56</sup>

Destarte, a nova célula, constituída pela fusão dos pronúcleos materno e paterno, representaria a estrutura original de um novo ser humano, através da qual se inicia seu próprio ciclo vital.

#### 2.1.4 Teoria da Nidação

Tem-se por nidação o momento de implantação do embrião na parede uterina, o qual ocorre por volta do sexto dia após a concepção.<sup>57</sup> A mulher somente é considerada grávida após a fixação desse ovo em seu útero, uma vez que, partir dessa etapa, é produzido o hormônio gestacional que circulará em seu organismo.<sup>58</sup>

Os defensores desse entendimento alegam que os embriões decorrentes da fertilização *in vitro* não possuem condições de desenvolvimento fora do corpo feminino. Enquanto não implantados e nidados, nenhuma mulher poderia ser considerada grávida.<sup>59</sup>

Conforme a teoria, antes da fixação na parede uterina, o zigoto está em seu estado de totipotência, ou seja, pode ainda se dividir em mais células, passando para o estado unipotente somente após a nidação. Afirma-se, com isso, que todas as técnicas praticadas antes da fase de nidação são consideradas contraceptivas e não abortivas.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> SILVA, 2010, p. 27

<sup>56</sup> SERRA, Angelo. *Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina: nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto e alla teologia*. Milão: Vita e Pensiero, 1990. p 71, tradução nossa. (Este genoma en el cual, para usar una comprensible analogía, está escrito el plano y el programa de desarrollo de un nuevo sujeto humano, representa la estructura dinámica necesaria, aun cuando no suficiente, para el desenvolvimiento ordenado, e intrínsecamente orientado y gobernado del nuevo sujeto hasta la clausurade su ciclo vital.)

<sup>57</sup> TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Juruá: Curitiba, 2010. p. 27

<sup>58</sup> ROCHA, 2008, p. 80

<sup>59</sup> SOUSA, 2009, p. 72

<sup>60</sup> TEODORO, 2010, p 27-28

Stella Mariz Martínez é uma das defensoras da teoria da nidação e, segundo ela, “até que não haja passada a oportunidade de tal segmentação, não estaremos em condições de reconhecer, como pessoa, o ser em formação”.<sup>61</sup> Afirma, além disso, que a única solução para o problema da ilicitude na experimentação com embriões é não considerar que a vida humana se inicia com a união dos gametas nos primeiros estágios. Determina-se, com isso, uma data específica para se iniciar a proteção penal.

### 2.1.5 Teoria da Formação Rudimentar do Sistema Nervoso

Há quem defenda que o marco do início da vida é aquele em que é originada a linha primitiva do que será o córtex cerebral, iniciando-se, com isso, o desenvolvimento da organização básica do sistema nervoso central. O surgimento de referida linha primitiva ocorre entre o décimo quinto e o quadragésimo dia da evolução do embrião. A não formação do córtex cerebral tende a gerar o aborto espontâneo, de modo que o organismo materno rejeita o embrião, eliminando-o.<sup>62</sup>

Segundo Fernanda dos Santos Sousa:

Esta teoria ostenta como principal defensor o biólogo contemporâneo Jaques Monod, prêmio Nobel de Biologia em 1965, o qual defende que, por ser o homem um ser fundamentalmente consciente, não é possível admiti-lo como tal antes do quarto mês de gestação, quando se pode constatar, eletroencefalograficamente, a atividade do sistema nervoso central diretamente relacionado à possibilidade de possuir consciência.<sup>63</sup>

Há, entretanto, divergência entre os cientistas, uma vez que uma vertente defende que a vida começaria a partir da oitava semana, momento em que o feto já teria um complexo sistema nervoso central - base necessária para o pensamento racional -, e outra entende que o surgimento de ondas cerebrais somente seria possibilitado a partir da vigésima semana, momento em que o feto começa a movimentar as pernas, mãos e cabeça, constatando a atividade cerebral.<sup>64</sup>

O entendimento analisado coaduna-se com o teor da Lei n. 9.434/97, Lei dos Transplantes de Órgãos, uma vez que se pode verificar a adoção, em seu art. 3º, *caput*, do critério de constatação de morte encefálica para a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento, conforme se constata em sua

<sup>61</sup> MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, n. 6, 1998. p. 80

<sup>62</sup> MARTINEZ, 1998, p. 86

<sup>63</sup> SOUSA, 2009, p. 75

<sup>64</sup> MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. O primeiro instante. *Revista Super Interessante*, São Paulo: Abril, ed. 219, nov. 2005. p. 61

leitura:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.<sup>65</sup>

Assim, quando há a declaração da morte humana, durante certo tempo as células do corpo continuam funcionando, mas não há a possibilidade de restabelecimento da consciência, sendo o fim da vida humana, mas não necessariamente da biológica.

### 2.1.6 Teoria do Décimo Quarto Dia

A teoria do décimo quarto dia, também conhecida como teoria do pré-embrião, prega que a vida se inicia a partir do décimo quarto dia após a fecundação, momento em que se realiza a completude de alguns processos biológicos no embrião, como, por exemplo, a organização do sistema nervoso central.<sup>66</sup>

Um dos argumentos que sustentam a teoria diz respeito ao fato de que, até o décimo quarto dia, o zigoto pode se dividir, gerando dois indivíduos idênticos – gêmeos monozigóticos.<sup>67</sup> Até referido momento, portanto, não se sabe a quantidade de vidas que será gerada. Não é certa, até então, a individualização do ser humano.

A geração de gêmeos univitelinos resulta da clivagem de um único óvulo fecundado, podendo ocorrer nas primeiras mitoses. A clivagem nada mais é do que uma anomalia, um acidente do ovo que resulta na formação de embriões. As células embrionárias são totipotentes, de maneira que, se o ovo fecundado se dividir em dois, cada um deles será capaz de dar origem a um ser humano completo.<sup>68</sup>

Importante salientar que não se pode considerar cisão e totipotencialidade o mesmo fenômeno. Aquela é uma anomalia, enquanto que essa é uma propriedade das células em seus primeiros estágios de desenvolvimento. Não se pode dizer que todo zigoto pode cindir-se em dois gêmeos devido à totipotencialidade de suas células, uma vez que a totipotencialidade não

<sup>65</sup> BRASIL. Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2014

<sup>66</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínios da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.19

<sup>67</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTR, 2003. p. 112

<sup>68</sup> BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002. p.71

é a causa da cisão.<sup>69</sup>

Outro argumento que fundamenta a teoria advém da constatação de que, após o décimo quarto dia, surge no embrião a linha primitiva que assegura a simetria humana, em tamanho diminuto, mas já evidenciando sua natureza.<sup>70</sup>

No que concerne à diferenciação celular para a caracterização da individualidade humana, leciona Reinaldo Pereira e Silva:

Escorada neste dado, a teoria do pré-embrião também entende que não se pode falar em individualidade genética enquanto a totipotência, que caracteriza o zigoto e as primeiras células decorrentes de sua clivagem, não for superada pela especialização. Isto porque, antes de definidas as células que formarão o embrião propriamente dito, ou os embriões monozigóticos, e as células que se destinarão às estruturas extra-embriônicas, que servem às necessidades de seu desenvolvimento, não é possível falar em vida humana em ato. Para a teoria do pré-embrião, somado à possibilidade de cisão gemelar, o período de indiferenciação celular veda o reconhecimento da individualidade humana.<sup>71</sup>

A teoria em análise foi utilizada por grande parte dos países no intuito de embasar a legalidade na manipulação de embriões para fins de pesquisas, nas quais se utiliza as células totipotentes do embrião até o décimo quarto dia, possibilitando-lhe a capacidade de se transformar em quaisquer células humanas. Esta vertente teve origem no Informe Warnock sobre a Fertilização e Embriologia, publicado no Reino Unido no ano de 1984, seguido pelo Relatório de Waller, publicado na Austrália no mesmo ano e, por último, pelo Informe de Palácios, da Espanha, publicado em 1986.<sup>72</sup>

### **2.1.7 Teoria da Pessoa Humana em Potencial**

De acordo com a teoria da pessoa humana em potencial, não é possível tomar totalmente o embrião como pessoa humana, pois ainda não é dotado de personalidade: para tanto, este teria de ser capaz de exercer direitos e contrair obrigações.<sup>73</sup>

Entretanto, entende-se inadmissível a redução de seu *status* à qualidade de mero aglomerado de células, uma vez que seu desenvolvimento objetiva, inevitavelmente, à formação do ser humano. Destarte, os adeptos de referida teoria reconhecem no embrião uma pessoa humana em potencial, referindo-se, para tanto, à potencialidade de pessoa para

---

<sup>69</sup> BOURGUET, 2002, p. 72

<sup>70</sup> SOUSA, 2009, p. 78

<sup>71</sup> SILVA, 2003, p. 113

<sup>72</sup> SILVA, 2003, p. 110

<sup>73</sup> ROCHA, 2008, p. 88

designar a autonomia embrionária e reivindicar estatuto próprio.<sup>74</sup>

Não haveria, para seus defensores, uma normatização específica do embrião, o qual, mesmo não sendo pessoa, mereceria respeito, uma vez que já possui todas as características genéticas e biológicas de um ser humano, apenas dependendo de seu desenvolvimento para se tornar pessoa.<sup>75</sup>

No âmago de um embrião não implantado, portanto, não se poderia negar que estariam presentes todas as condições para que pudesse se desenvolver como ser humano. Haveria não somente uma pessoa, mas uma vida em potência, a qual deveria ser resguardada.<sup>76</sup>

## 2.2 Início da Personalidade Civil

### 2.2.1 Breve Histórico

Tendo origem no latim (*persona*), a palavra pessoa, que significava, primeiramente, “máscara”, quando era colocada no rosto dos atores para dar eco as suas falas, passou a expressar o próprio indivíduo que representa papéis, sentido em que é empregada atualmente.<sup>77</sup>

O sentido primitivo correspondia à do verbo *personare*, isto é, fazer ressoar, fazer retumbar, ferir com um som, atroar. Originariamente, dava-se o nome de pessoa às máscaras usadas pelos autores romanos nas representações. Tinha, numa abertura que se ajustava aos lábios, umas lâminas metálicas, que aumentavam a sonoridade, e o volume da voz.<sup>78</sup>

No direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, sendo que, antes deste, não se poderia falar em sujeito ou em objeto de direito. O feto era considerado parte de sua mãe e não uma pessoa ou corpo, não possuindo qualquer espécie de direito ou atributo reconhecido ao ser humano. No intuito de proteger o direito do nascituro, utilizava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, declarando-se que “*nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*”, ou seja, equiparava-se o *infantus conceptus* ao já nascido tão somente com o objetivo de assegurar seus interesses, inclusive contra

---

<sup>74</sup> ROCHA, 2008, p. 88

<sup>75</sup> SILVA, 2010, p. 27

<sup>76</sup> GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil. In: MARTINS COSTA, Judith; MULLER Letícia Ludwig (org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 404

<sup>77</sup> MACHADO, 2003, p. 76

<sup>78</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. tomo 1, p. 305

terceiros.<sup>79</sup>

Na Idade Média, a Igreja Católica concluiu que, antes mesmo de seu nascimento, o ser concebido já possuía *status* de pessoa. Sustentava-se este entendimento no animismo, teoria desenvolvida por Aristóteles, na qual se reflete a respeito do momento em que a alma humana é ligada ao corpo, ou seja, sobre a questão da animação do homem. Para o sexo feminino, dar-se-ia a animação no 80º dia e, para o sexo masculino, no 40º dia.<sup>80</sup>

A transposição histórica do valor real da pessoa natural para o seu valor no mundo jurídico tem percorrido um longo caminho.<sup>81</sup> O termo “pessoa” foi utilizado em seu sentido técnico, pela primeira vez, pelos juristas do século XVI, estando unido, sempre, ao conceito de capacidade jurídica. Gierke, no fim do século XIX, individualizou os aspectos referentes ao indivíduo, como a vida, a honra, a liberdade física e o nome.<sup>82</sup>

O reconhecimento de um direito natural do homem é fortalecido com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França revolucionária, em 1789. Através da Revolução Francesa, obteve-se a afirmação de existência de um direito próprio ao homem, em contraposição ao Estado.<sup>83</sup>

O Código Civil de 2002, em seu art. 1º, tal como fazia o Código de 1916, dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”<sup>84</sup>

Considerando-se que a pessoa é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade, a faculdade a ele reconhecida, pode-se dizer que toda pessoa é dotada de personalidade.<sup>85</sup>

Deve-se destacar que o ordenamento jurídico não atribui personalidade somente à pessoa individualmente, mas também aos entes morais, como as sociedades ou associações, e as fundações.<sup>86</sup>

Entretanto, o presente trabalho abordará questões relacionadas somente à pessoa natural, o ser humano, em virtude de os direitos da personalidade serem inerentes à pessoa

<sup>79</sup> PEREIRA apud MACHADO, 2003, p. 74

<sup>80</sup> VIDAL, Marciano. *Bioética: estudos de bioética racional*. 3. ed. Madrid: Tenos, 1998. p.132

<sup>81</sup> BELTRÃO, 2005, p. 19

<sup>82</sup> CENDON apud BELTRÃO, 2005, p. 19

<sup>83</sup> CENDON apud BELTRÃO, 2005, p. 20

<sup>84</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2014

<sup>85</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1, p. 142

<sup>86</sup> PEREIRA, 1999, p. 142

humana, atributo a esta indissoluvelmente ligado.<sup>87</sup>

Por fim, cumpre salientar que são inúmeras as teorias decorrentes da defesa do início da personalidade e da condição jurídica do nascituro. No Brasil, podem ser reduzidas a três grandes correntes: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista.<sup>88</sup>

## **2.2.2 Teorias do Início da Personalidade Civil**

### **2.2.2.1 Teoria Natalista**

Adotando a teoria natalista, o Direito Civil brasileiro, de acordo com a leitura do art. 2º do Código Civil de 2002, tem como ponto de partida da personalidade o nascimento com vida, o qual ocorre quando o feto se separa do corpo materno, tornando-se um ser organicamente independente, passando, desde então, a ser objeto de proteção jurídica.<sup>89</sup>

Doutrina Silvio Romero Beltrão a respeito do assunto:

Determina o art. 2º do Código Civil Brasileiro que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida. Dessa forma, a lei civil demarca dentro do desenvolvimento biológico que, a partir do nascimento, dá-se o início de uma nova pessoa, determinando-lhe personalidade jurídica (legal). A determinação do início da personalidade é verdadeiramente importante para o direito, pois é a partir deste momento que a pessoa passa a ser sujeito de direitos e obrigações.<sup>90</sup>

Quando do nascimento, pode-se constatar a existência de vida humana na primeira troca ox carbônica com o meio ambiente, ou seja, quando o recém-nascido respira, ainda que faleça em seguida. A prova de que este nasceu com vida dá-se por qualquer movimento realizado ou pelo próprio choro. Constata-se a respiração, também, por meio de processos técnicos utilizados pela medicina legal ou pela docimasia hidrostática de Galeno.<sup>91</sup> Esta última técnica baseia-se no princípio de que o feto, após respirar, tem os pulmões cheios de ar; destarte, quando imersos na água, sobrenadam, o que não ocorre com os pulmões que não respiram.<sup>92</sup>

O Direito Civil pátrio, todavia, considerando o início da personalidade civil com o nascimento com vida, nos termos do art. 2º, do Código Civil de 2002, “põe a salvo, desde a

---

<sup>87</sup> PEREIRA, 1999, p. 144

<sup>88</sup> ALMEIDA apud MACHADO, 2003, p. 79

<sup>89</sup> MACHADO, 2003, p. 76

<sup>90</sup> BELTRÃO, 2005, p. 71

<sup>91</sup> MACHADO, 2003, p. 76

<sup>92</sup> MONTEIRO apud MACHADA, 2003, P. 76

concepção, os direitos do nascituro”<sup>93</sup>, salvaguardando-lhe, com isso, direitos a alimentos, à vida, a um curador, à herança, direito de receber doação, de ser reconhecido como filho, dentre outros.<sup>94</sup>

Vale ressaltar, portanto, que, para a teoria natalista, a personalidade do nascituro não é condicional, apenas existem efeitos de certos direitos que dependem do nascimento com vida, notadamente direitos de ordem patrimonial material, como a doação e a herança. Nestes casos, o nascimento com vida é elemento de um negócio jurídico que aperfeiçoa sua eficácia total.<sup>95</sup>

Os direitos do nascituro, com isso, são resguardados, sendo-lhe conferidas, na vida intra-uterina, expectativas de direito, as quais podem ser consideradas como direitos da personalidade jurídica formais, tendo como exemplo os direitos à vida e à integridade física.<sup>96</sup>

Nos termos da teoria sob análise, não há que se falar em personalidade antes do nascimento. Situações existem em que se reconhece um direito potencial ao concebido, porém, não se pode falar em “pessoa” do nascituro, a quem são assegurados apenas direitos em potencial. Referidos direitos meramente potenciais apenas irão se constituir com o fato do nascimento com vida, adquirindo o recém-nascido personalidade.<sup>97</sup>

### 2.2.2.2 Teoria da Personalidade Condicional

Para a teoria da personalidade condicional, o início da personalidade do nascituro ocorre desde a sua concepção, mas, com a condição de nascer com vida<sup>98</sup>, sendo esta, portanto, uma condição resolutiva.<sup>99</sup>

Há, para o feto, neste caso, uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorar referida expectativa, motivo pelo qual salvaguarda ao nascituro os eventuais direitos, com a condição de que nasça com vida. Pode-se dizer, pois,

<sup>93</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 05 mai. 2014

<sup>94</sup> MACHADO, 2003, p. 78

<sup>95</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 81

<sup>96</sup> PARDINHO, Diego Basso; RAMOS, Taciana Cecília. O julgamento da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil e o Direito de Personalidade: a tutela do nascituro à luz de discussões civis constitucionais. *Âmbito Jurídico*. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10026](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10026). Acesso em: 05 mai. 2014

<sup>97</sup> PEREIRA apud MACHADO, 2003, p. 80

<sup>98</sup> MACHADO, 2003, p. 80

<sup>99</sup> WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.120

que o nascituro é pessoa condicional. A aquisição da personalidade encontra-se sob condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. Esta situação significa, resumidamente, uma antecipação da personalidade.<sup>100</sup>

Conforme leciona Gustavo Tepedino:

A teoria da personalidade condicional consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sob condição de nascer com vida. Desta forma a aquisição de direitos pelo nascituro operaria sob a forma de condição resolutiva, portanto, na hipótese de não se verificar o nascimento com vida não haveria personalidade.<sup>101</sup>

Para os adeptos da teoria em comento, a personalidade passa a contar, portanto, desde o momento da concepção, contudo, somente será efetivada após o nascimento com vida do nascituro: esta é a condição para a efetivação de todos os direitos que a lei resguarda ao recém-nascido. Apenas em alguns casos dá-se a tutela jurídica a esse que, por sua vez, vê-se representado por sua genitora.

### 2.2.2.3 Teoria Concepcionista

Sustenta a teoria concepcionista que o início da personalidade do nascituro se dá a partir da concepção, e não de seu nascimento com vida. Leva-se em consideração, para tanto, que muitos dos direitos e *status* do nascituro, reconhecidos no Código Civil pátrio, não se sujeitam ao nascimento com vida.<sup>102</sup>

Adeptos da corrente verdadeiramente concepcionista defendem que apenas certos efeitos de certos direitos, quais sejam, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida; a plenitude da eficácia de referidos direitos ficaria condicionada ao nascimento sem vida.<sup>103</sup>

Destarte, o nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deveria ser tomado como um enunciado negativo de uma condição resolutiva, qual seja, o nascimento sem vida, uma vez que o art. 2º do Código Civil, assim como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos e não expectativas de direitos, bem como estados ao nascituro, não de seu nascimento com vida, mas desde a sua concepção.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> BERTI apud GONTIJO, Dhanila Henrique. *Direitos do nascituro: uma breve análise da teoria concepcionista à luz da lei nº 11.804/2008 (lei de alimentos gravídicos)*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/artigos/22274](http://jus.com.br/artigos/22274)>. Acesso em: 05 mai. 2014

<sup>101</sup> TEPEDINO, Gustavo (Org.); RODRIGUES, Rafael Garcia. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 4

<sup>102</sup> MACHADO, 2003, p. 80

<sup>103</sup> ALMEIDA apud MACHADO, 2003, p. 80

<sup>104</sup> ALMEIDA apud MACHADO, 2003, p. 81

Doutrina Carlos Roberto Gonçalves, a respeito do assunto:

A teoria concepcionista, surgiu sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.<sup>105</sup>

A partir da concepção, conseqüentemente, originar-se-ia um novo ser, dotado de existência própria e biologicamente diferente do organismo materno. De acordo com a teoria estudada, “[...] a criança concebida é um ser humano, capaz de sensações e sentimentos e o nascimento não é um começo, mas um passo”<sup>106</sup>.

Argumenta-se, neste caso, que, se a pessoa humana, pela “natureza das coisas”, é o próprio ser humano, ao concebido não se pode desconhecer o atributo da personalidade desde a concepção. O ser humano, desde o começo de sua existência, seria o fundamento natural do direito, de modo que a juridicidade seria senão uma dimensão constitutiva de sua pessoa.<sup>107</sup>

Tem-se, por conseguinte, que “ao receber proteção jurídica, inclusive quanto à vida, o nascituro é sujeito de direitos e obrigações como pessoa, até porque esta é o centro receptor daqueles. Inexistindo pessoa, incorre direito. O elemento subjetivo do fato jurídico é a pessoa.”<sup>108</sup>

Atribuir direitos significaria afirmar personalidade. Tanto a segunda parte do art. 2º, do Código Civil, que seria exemplificativo, como outras normas nele contidas, reconheceriam expressamente ao nascituro direitos e *status* (como, por exemplo, o de filho), e não expectativas de direitos. Ele pode ser reconhecido ainda no ventre materno (art. 1.609, parágrafo único, do Código Civil, c/c art. 26, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90), sujeita-se à curatela (arts. 1.778 e 1.779, ambos do Código Civil), tem direito a alimentos (art. 2º da Lei n. 11.804/08), é beneficiário de doação (art. 542 do Código Civil) e herança (art. 1798 do Código Civil), bem como de direitos materiais patrimoniais, podendo seu representante legal obter a posse de bens herdados ou doados, provada a gravidez, através da posse em nome do

---

<sup>105</sup> GONÇALVES, 2007, p. 81

<sup>106</sup> CHAVES, 2000, p. 32

<sup>107</sup> SILVA, 2002a, p. 221-222

<sup>108</sup> MONTEIRO ROCHA, Antonio do Rêgo. *O nascituro e sua personalidade civil à luz dos arts. 2º do CC e 5º, § 3º, da CF/1988*. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 56

nascituro (arts. 877 e 878, ambos do Código de Processo Civil).<sup>109</sup>

De acordo com parte da doutrina, uma vez acolhido o Pacto de São José da Costa Rica, decorrente da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, imprescindível se torna sua aplicação sistêmica perante o art. 2º do Código Civil de 2002, sendo entendido que o nascituro adquire personalidade civil quando de sua concepção.<sup>110</sup>

Dispõe o art. 4º, 1, da Convenção sob análise, que “toda pessoa tem 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”<sup>111</sup>. A Convenção foi promulgada na data de 25-09-1992 através do Decreto n. 678/92.

Isto posto, conclui-se que a teoria concepcionista percebe o nascituro como pessoa, motivo que conduz à previsão do início da personalidade a partir da concepção. Alegar, neste caso, que o nascituro possui direitos, é o mesmo que alegar que ele é sujeito de direitos e, com isso, pessoa.

### **2.3 Natureza Jurídica do Embrião Humano Pré-Implantatório**

Com a evolução da ciência no domínio da reprodução humana, através da utilização das técnicas de fertilização *in vitro* e da conseqüente criopreservação dos embriões, os debates sobre o momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro se reacenderam.<sup>112</sup>

No terceiro milênio, a quarta era dos direitos, caracterizada pelos avanços da biomedicina e da genética, a dúvida recai sobre a possibilidade de se estender o conceito de nascituro ao embrião concebido *in vitro*, ou seja, externamente ao ventre materno.<sup>113</sup>

Cumprе ressaltar que, quando da entrada em vigor do novo Código Civil, considerando-se que seu projeto data de 1969, ainda não existia, concretamente, a possibilidade de concepção extracorpórea, de forma que o diploma não prevê o enfrentamento

---

<sup>109</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 28-29

<sup>110</sup> MONTEIRO ROCHA, 2007, p. 58

<sup>111</sup> BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2014

<sup>112</sup> MACHADO, 2003, p. 79

<sup>113</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 27-28

das causas referentes ao embrião humano criopreservado.

Desta forma, haveria uma insuficiência na tradicional moldura jurídica, uma vez que, até o momento do surgimento das técnicas de reprodução medicamente assistida, mais precisamente a fertilização *in vitro*, a lei civil apenas protegia o interesse do ente nascido com vida (pessoa natural), do nascituro (já concebido no ventre materno), e da prole eventual (não concebida).<sup>114</sup>

Entende uma parte da doutrina pátria que o embrião humano pré-implantatório, resultante da concepção extra-uterina e ainda não implantado no útero, não possui seu conceito alcançado por nenhum dos entes supracitados, pois não seria pessoa - uma vez inexistente o nascimento com vida -, nascituro - à época da elaboração do Código Civil, este se referia apenas ao ser concebido e em desenvolvimento no ventre materno -, tampouco prole eventual - esta é prole futura, que pode vir a ser concebida -, uma vez que os embriões criopreservados já estão concebidos.<sup>115</sup>

Partindo-se do entendimento de que é a nidação do óvulo que possibilitará ao embrião o seu desenvolvimento, para grande número de juristas o embrião humano criopreservado não pode ser considerado como nascituro, visto que este seria aquele que está para nascer.<sup>116</sup>

O embrião, neste caso, deve ser implantado no útero materno para que se possa falar em incidência do art. 2º do Código Civil, relativamente à ressalva dos direitos potenciais do nascituro. Entendimento contrário, portanto, ser-lhes-ia insustentável, uma vez que existe a possibilidade de descarte de embriões armazenados, não sendo aproveitados em outra inseminação por desinteresse ulterior do casal em ter outros filhos.<sup>117</sup>

No entendimento de Carlos María Romeo Casabona:

Devemos voltar à questão de por que os critérios anteriores propostos para proteção da vida humana em seu início não são transferíveis ao embrião “in vitro” ou pré-implantatório. Desde logo, sobre sua existência como tal não cabem as dúvidas que oferece o originado no útero de forma natural, pois é perceptível por procedimentos de laboratório. No entanto, apesar de já possuir seu código genético, não está assegurada sua continuidade biológica de forma natural, seu desenvolvimento completo está condicionado por sua posterior implantação em uma mulher. Por

---

<sup>114</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54-57

<sup>115</sup> MEIRELES, p. 57

<sup>116</sup> MACHADO, 2003, p. 81

<sup>117</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222

consequente, sua proteção jurídica deve ser independente.<sup>118</sup>

Ainda, Rafful:

Há aqueles que afirmam que o embrião cuja fecundação ocorreu artificialmente não possui direito a qualquer tipo de tutela jurídica já que não se encontra alojado no corpo de um ser humano, condição *sine qua non* para seu desenvolvimento e reconhecimento pela lei.<sup>119</sup>

Seriam, ao menos até o momento, inaplicáveis ao embrião humano pré-implantatário os conceitos de pessoa, personalidade, sujeito de direito e capacidade, estes obtidos com fundamento em outra realidade fática e para um ordenamento orientado por princípios liberais, em que se dá ênfase aos aspectos patrimoniais.<sup>120</sup>

Há, por outro lado, posicionamento no sentido de que o embrião humano equipara-se ao nascituro, de modo que “[...] a expressão *nascituro* deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra criopreservado.”<sup>121</sup>

Reinaldo Pereira e Silva, a respeito do assunto, afirma:

É bem verdade que, tradicionalmente, o direito tem-se preocupado com a proteção do nascituro sob a ótica patrimonialista. No entanto, o moderno conceito de nascituro, a impor a igualdade de tratamento entre o conceito pré-implantatário e o conceito já implantado no útero da mulher, inspira-se numa lógica não patrimonialista: “primeiro ser, depois ter”.<sup>122</sup>

Para esta última corrente, se for preciso encaixar o embrião humano pré-implantatário em uma tutela jurídica tradicional, a que melhor comportaria a sua definição seria a de nascituro, utilizando-se referido termo em sentido amplo, abrangendo o concebido nas diversas fases da vida pré-natal, incluindo-se, com isso, tanto o concebido no útero quanto

<sup>118</sup> CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arece, 1994. p. 154, tradução nossa. (Debemos volver sobre la cuestión de por qué los anteriores criterios propuestos para protección de la vida humana en sus inicios no son trasladables al embrión ‘in vitro’ o preimplantatorio. Desde luego, sobre su existencia como tal no caben las dudas que ofrece el originado en el útero de forma natural, pues es perceptible por procedimientos de laboratorio. Sin embargo, a pesar de contener ya su código genético, no está asegurada su continuidad biológica de forma natural, su desarrollo completo está condicionado por su posterior implantación en una mujer. Por consiguiente, su protección jurídica debe ser independiente.)

<sup>119</sup> RAFFUL, A. C. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000. p. 142

<sup>120</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 266

<sup>121</sup> TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controversas no novo código civil*: parte geral. São Paulo: Método, 2007. v. 1. p. 88

<sup>122</sup> SILVA, 2002a, p. 230

o *in vitro*.<sup>123</sup>

Importante ressaltar, contudo, que, mesmo não reconhecendo ao embrião o *status* de nascituro, há doutrinadores que entendem que, por ser vida, especialmente vida humana, é moralmente inadmissível qualquer atividade gratuitamente destruidora do embrião criopreservado, não com fundamento na intangibilidade da vida humana, mas na proteção, ainda que menos forte, à vida em geral.<sup>124</sup>

Quer se sustente a personalidade do embrião pré-implantatório, isto é, aptidão para ser titular de direitos, obrigações e *status*, quer não se a reconheça, ele não se confunde com *res* (coisa), não se lhe podendo aplicar o regime das coisas. A dignidade do embrião pré-implantatório é inequívoca, não se confundindo com coisa, mercadoria, produto.<sup>125</sup>

Concluindo, embora a doutrina tente classificar juridicamente o embrião humano pré-implantatório, fato é que o legislador ainda não se pronunciou sobre a matéria. Entende-se que seria necessário proporcionar a este embrião uma tutela particular capaz de protegê-lo de qualquer tipo de instrumentalização, dando-lhe proteção jurídica condizente.

O presente trabalho se propõe, entretanto, como já destacado anteriormente, à análise dos direitos sucessórios e de filiação do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga e implantado no útero materno após a morte do genitor, de forma que a discussão acerca da natureza jurídica do embrião pré-implantatório serve como instrumento de elucidação das diferenças situacionais que envolvem o tema.

Desta forma, demonstra-se que há duas categorias em que podem ser inseridos os embriões: a daqueles ainda não implantados no útero feminino (pré-implantatórios), em que há profunda discussão bioética acerca de seu *status* - seja biológico ou jurídico -, e a dos já implantados no útero feminino, situação que lhes dá a caracterização de nascituros, estes já contemplados pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>123</sup> CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 281, 1999

<sup>124</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 15, mar. 2002

<sup>125</sup> MACHADO; CHINELLATO, 2010, p. 28

### 3. O DIREITO À FILIAÇÃO DO FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* HOMÓLOGA E IMPLANTADO *POST MORTEM*

#### 3.1 Filiação: Noções Conceituais, Evolução Histórica no Brasil e sua Interpretação à Luz do Direito Civil-Constitucional

A família é entendida como o instrumento ideal, o *locus* privilegiado em que a pessoa humana nasce, tendo ela relações diversas com outras pessoas, visando ao alcance do desenvolvimento de suas potencialidades e à realização de sua personalidade. Não é necessário fazer demasiado esforço, portanto, para conseguir vislumbrar que a filiação é um dos mecanismos que compõem a formação dos núcleos familiares, sendo, conseqüentemente, um dos mecanismos de realização da personalidade.<sup>126</sup>

Filiação é conceito relacional: é a relação de parentesco estabelecida entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, adotada ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga. Quando considerada em face do pai, denomina-se paternidade; quando, em da mãe, maternidade.<sup>127</sup>

Esclarecendo o significado, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta *entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal*. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados.<sup>128</sup>

A palavra “filiação” origina-se do latim *filiatio*, significando procedência, laço de parentesco entre filhos e pais, dependência, enlace. No direito pátrio, a filiação é biológica e não biológica, sendo considerada um fenômeno socioafetivo por ser resultado da convivência familiar e da afetividade. No Brasil, é conceito único, sendo inadmitidas adjetivações ou discriminações. Desde a Constituição Federal de 1988, não há mais diferenciação entre filiação legítima, ilegítima, natural, adotiva ou adúltera.<sup>129</sup>

Conforme assevera Valdemar P. da Luz:

A atual Constituição, por seu art. 227, § 6º, depois repetido no art. 20 do ECA e no art. 1.596 do atual Código Civil, consagrou o princípio da igualdade jurídica para todos os filhos, independentemente de suas origens: “Art. 1.596. Os filhos havidos

<sup>126</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 563

<sup>127</sup> LÔBO, 2011, p. 216

<sup>128</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 564

<sup>129</sup> LÔBO, 2011, p. 216

ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”. Diante disso, hoje apenas se permite distinguir os filhos entre os havidos na constância do casamento e os havido fora do casamento.<sup>130</sup>

Somente com a normatividade de cunho garantista da Constituição de 1988 é que se pôde falar em isonomia no tratamento jurídico entre os filhos; observa-se, ademais, que referido preceito advém da própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apelidada de “Pacto de San Jose da Costa Rica”, a qual já prescrevia que todo ordenamento deveria “reconhecer direitos aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro dele.”<sup>131</sup>

A Constituição Federal de 1988, portanto, em seu art. 227, § 6º, estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos:

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. [...] § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.<sup>132</sup>

Guilherme Calmon Nogueira da Gama enfatiza que houve:

[...] a inclusão jurídica nas famílias de várias pessoas que antes estavam fadadas à exclusão; a repercussão no modelo clássico de paternidade, de maternidade e de filiação; a pluralidade de entidades familiares multifacetadas; as origens dos vínculos jurídicos relacionados aos parentes; a igualdade de direitos e de qualificações dos filhos, o casamento e afiliação, o sistema de presunções e verossimilhanças, a matrimonialização dos filhos havidos antes do casamento de seus pais.<sup>133</sup>

Pode-se efetivar a filiação através de mecanismos biológicos (em relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (por decisão judicial), da reprodução medicamente assistida, ou pelo estabelecimento afetivo puro e simples da condição paterno-filial. Contudo, independentemente do método adotado, não existirá qualquer efeito diferenciado no que diz respeito ao tratamento jurídico (pessoal e patrimonial) do filho.<sup>134</sup>

<sup>130</sup> LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri: Manole, 2009. p. 163

<sup>131</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 567

<sup>132</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai 2014

<sup>133</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 338

<sup>134</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 565

Destarte, em conformidade com previsão constitucional, pode-se afirmar que a filiação está, atualmente, vocacionada ao impedimento de discriminação de todos e quaisquer tipos de filhos, contemplados ou não em norma infraconstitucional, bem como à sua proteção integral, sendo insignificante a sua origem. Ademais, encontra-se funcionalizada para a realização da pessoa humana (dignidade humana) e despatrimonializada, de modo que afirma valores existenciais e não tão-somente volta-se para a transmissão da herança.<sup>135</sup>

Não mais se admite a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, em decorrência da existência de casamento ou não entre os pais, e adotiva, a qual constava no Código Civil de 1916. À época, devido às consequências provenientes desta diferenciação, revelava-se relevante provar e estabelecer a legitimidade.<sup>136</sup>

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, a filiação era disciplinada exclusivamente pelo Código Civil, o qual apresentava as seguintes distinções:

Filhos legítimos: os concebidos na constância do casamento, *ex vi* do art.338 do Código Civil de 1916; filhos ilegítimos: os concebidos em relação extramatrimonial, desdobrando-se em duas subespécies: filhos naturais: filhos nascidos de pessoas sem impedimento para casar (pessoas solteiras, sem vínculo de parentesco). No tocante ao direito hereditário, os filhos naturais somente tinham direito à metade do quinhão que coubesse ao filho legítimo; filhos espúrios: filhos nascidos de pessoas com impedimento para casar.<sup>137</sup>

Por outro lado, eram tidos por adulterinos os filhos concebidos de uma pessoa casada com outra que não fosse seu cônjuge, e incestuosos quando concebidos de relacionamento entre pessoas impedidas de casar em função de sua relação de parentesco.<sup>138</sup>

Salienta-se que o Código Civil de 1916 dedicava um capítulo à legitimação, sendo que esta era um dos efeitos do casamento. Referido capítulo tinha por objetivo conferir aos filhos havidos anteriormente ao casamento os mesmos direitos e qualificações dos filhos legítimos, como se houvessem sido concebidos após as núpcias. O art. 352 daquele diploma afirmava que “os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos.”<sup>139</sup>

Hoje, contudo, todos são apenas “filhos”, independentemente se havidos na constância do casamento ou fora deste. Reitera-se o princípio da igualdade no art. 1.596 do Código Civil vigente, o qual enfatiza que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento,

---

<sup>135</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 566

<sup>136</sup> GONÇALVES, 2009, p. 285-286

<sup>137</sup> LUZ, 2009, p. 162-163

<sup>138</sup> LUZ, 2009, p. 163

<sup>139</sup> GONÇALVES, 2009, p. 286

ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”<sup>140</sup>

A norma constitucional não necessitava de previsão infraconstitucional, uma vez que é dotada de força normativa própria, suficiente e auto-executável. Contudo, sua reprodução no artigo introdutório do capítulo referente à filiação do Código Civil contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante das normas subsequentes.<sup>141</sup>

No que se refere à forma normativa constitucional, esta não pode ser considerada:

[...] um simples pedaço de papel: mas com força normativa superior a outras fontes, vinculada à realidade histórica e social do tempo em que é aplicável e, na eventualidade de possível antinomia entre norma constitucional e norma infraconstitucional, é de rigor a prevalência da regra constitucional sobre a outra, garantindo a unidade do sistema, e a observância dos princípios fundadores do ordenamento jurídico.<sup>142</sup>

Inadmissível, portanto, que a interpretação das normas referentes à filiação possa induzir a qualquer forma de desigualdade de tratamento aos filhos no que concerne a sua origem, desaparecendo, com isso, os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais, filhos e irmãos quanto aos laços de parentesco.<sup>143</sup>

As mudanças normativas retratam, na verdade, as mudanças de paradigmas quanto à definição de família. A desigualdade entre filhos, principalmente entre os legítimos, ilegítimos e adotivos, provinha da dura face da família eminentemente patriarcal, tendo esta perdurado no direito pátrio até praticamente a promulgação da Constituição de 1988. Estruturavam-se as relações familiares no casamento, na hierarquia, no chefe de família, na diminuição do papel da mulher, nos filhos legítimos e nas funções relacionadas à procriação e às unidades econômica e religiosa. Há que se verificar, destarte, que, inevitavelmente, a repulsa aos filhos ilegítimos e a consequente condição subalterna dos filhos adotivos decorriam dessa conjuntura histórica.<sup>144</sup>

Há que se destacar que o legislador do Código Civil de 2002, no que diz respeito à filiação, refere-se sempre ao casamento, não prevendo as situações decorrentes das relações de fato reconhecidas, como a união estável, atualmente entidade familiar protegida pelo

---

<sup>140</sup> GONÇALVES, 2009, p. 286

<sup>141</sup> LÔBO, 2011, p. 217

<sup>142</sup> GAMA, 2003, p. 380

<sup>143</sup> LÔBO, 2011, p. 217-218

<sup>144</sup> LÔBO, 2011, p. 218

Estado. Desta forma, verifica-se a necessidade imediata de revisão dos princípios que regem as presunções, considerando-se que estas relações também são geradoras de direitos e deveres.<sup>145</sup>

Ademais, não obstante a inexistência, em virtude de vedação expressa da lei, de diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e efeitos diversos devido à origem da filiação, estabelece-se, para os filhos provenientes de justas núpcias, a presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para sua efetivação.<sup>146</sup>

### 3.2 Modos e Presunções de Filiação

Em relação à filiação, o direito sempre se valeu de presunções, devido à natural dificuldade de atribuição da paternidade ou maternidade a alguém, ou então de óbices decorrentes de preconceitos históricos acerca da hegemonia da família patriarcal e matrimonializada. Referidas presunções possuem a finalidade de fixar o momento da concepção, de maneira a definir a filiação e certificar a paternidade e os direitos e deveres a esta inerentes.<sup>147</sup>

Desta forma, nas palavras de Paulo Lôbo, chegaram até nós as seguintes presunções:

a) a presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, impedindo que se discuta a origem da filiação se o marido da mãe não a negar; b) a presunção *mater semper certa est*, impedindo a investigação de maternidade contra mulher casada. A maternidade manifesta-se por sinais físicos inequívocos, que são a gravidez e o parto, malgrado a manipulação genética se tenha encarregado de pôr dúvidas quanto à origem biológica; c) a presunção de paternidade atribuída ao que teve relações sexuais com a mãe, no período da concepção; d) a presunção de *exceptio plurium concubentium*, que se opõe à presunção anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem no período provável da concepção.<sup>148</sup>

Atualmente, pode-se falar na existência de três critérios para a determinação da filiação, quais sejam: a) critério legal ou jurídico, fundado em uma presunção relativa em determinadas hipóteses previstas no Código Civil; b) critério biológico, baseado na estipulação do vínculo genético, valendo-se, contemporaneamente, da certeza dos resultados de exame de DNA; c) critério socioafetivo, formado este pelo laço de amor e solidariedade

<sup>145</sup> PEREIRA apud GONÇALVES, 2009, p. 286

<sup>146</sup> GONÇALVES, 2009, p. 286

<sup>147</sup> LÔBO, 2011, p. 219

<sup>148</sup> LÔBO, 2011, p. 219

formado entre determinadas pessoas.<sup>149</sup>

Em virtude do assunto deste trabalho estar relacionado com a implantação no útero da mulher, realizada após a morte do genitor, o qual era seu marido ou companheiro, de embriões excedentários decorrentes de reprodução medicamente assistida, o critério a ser destacado será o da presunção legal, o qual engloba referida situação, como será melhor explicado no tópico seguinte.

### 3.2.1 Presunção Legal de Filiação

O Código Civil, em seu art. 1.597, enumera as hipóteses em que se presume a concepção dos filhos na constância do casamento. Embora referida noção não mais tenha interesse para a caracterização da filiação legítima, permanece importante no que respeita à incidência da presunção legal de paternidade.<sup>150</sup>

Mister destacar que “desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentária”, sendo evidente exercício lógico considerar que pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como que há fidelidade dessas conjunções carnavais, de forma que o filho advindo de uma mulher casada, enquanto durar as núpcias, presumidamente é de seu marido.<sup>151</sup> Essa máxima foi absorvida no Direito Romano através da expressão *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento).<sup>152</sup>

Durante séculos, e até milênios, os povos submetidos ao sistema jurídico romano-germânico findaram a incerteza da paternidade utilizando-se dessa presunção prático-operacional. Supõe-se, neste caso, que a maternidade é sempre certa (*mater semper certa est*), e que o marido da mãe é, normalmente, o pai dos filhos nascidos na constância de sua coabitação. Não sendo fácil apurar de que pai descende, biologicamente, o filho, a sociedade sempre recorreu à presunção *juris tantum*, evitando, deste modo, a incerteza da paternidade. Afirma-se que esta presunção continua em vigor, permanecendo adequada à realização da função afetiva familiar, triunfando a vontade sobre a causalidade física.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 586

<sup>150</sup> GONÇALVES, 2009, p. 287

<sup>151</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 586

<sup>152</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 588

<sup>153</sup> LÔBO, 2011, p. 219-220

Destaca-se que, embora mantida no Código Civil vigente, as presunções legais “não podem ser levadas às raias do caráter absoluto, como se fez outrora. Hoje em dia, não há dúvida quanto ao caráter relativo (*júris tantum*) delas, comportando [...] prova em contrário.”<sup>154</sup>

A mudança ocorrida no âmbito do direito de família, da legitimidade para o plano da afetividade, acaba por redirecionar a tradicional função da presunção *pater is est*, uma vez que esta deixa de presumir a legitimidade do filho, em razão da origem matrimonial, passando a presumir a paternidade em razão do estado de filiação, sendo irrelevantes sua origem ou concepção.<sup>155</sup>

Veja-se, pois, o disposto no art. 1.597 do Código Civil no que se refere às presunções tradicionais de concepção dos filhos na constância do casamento:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>156</sup>

Conforme ensina Eduardo de Oliveira Leite:

O que os cinco incisos do novo artigo 1.597 reafirmam é a consideração de duas matrizes, ou de dois liames, determinadores da presunção, reduzindo consideravelmente a fronteira carnal-voluntária da filiação, conduzindo os juristas a apreciar a filiação além do mero suporte biológico (modelo clássico) em proveito de uma paternidade de intenção (modelo contemporâneo), com larga incursão na afetividade.<sup>157</sup>

No que diz respeito à possibilidade de aplicação de supracitadas presunções legais de filiação nos casos de união estável, alega-se, doutrinariamente, que:

A paternidade presume-se em relação ao marido ou companheiro da mãe, na constância do casamento ou da união estável, com fundamento no princípio *pater is est quaem justae nuptiae demonstrant*, ou seja, o marido ou o companheiro é o pai

<sup>154</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 589

<sup>155</sup> LÔBO, 2011, p. 220

<sup>156</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 21 mai. 2014

<sup>157</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade: considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23

dos filhos concebidos por sua mulher ou companheira.<sup>158</sup>

Abrindo um breve parêntese, torna-se imprescindível destacar que, apesar de o art. 1.597 do Código Civil referir-se à “constância do casamento”, a presunção de filiação deveria ser aplicada à união estável. A não previsão pelo Código Civil de 2002 ocorre em função de este ter reproduzido a redação do Código Civil de 1916, o qual apenas contemplava o casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita, ainda, a devida atualização pelo Congresso Nacional, em conformidade com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”<sup>159</sup>

A presunção de filiação, portanto, deveria ser aplicada a qualquer entidade familiar, entendendo-se a referência à convivência conjugal, presente na lei, como também abrangente da convivência em união estável. Enquanto que, no casamento, a convivência é presumida pela celebração, na união estável é necessário que se prove o início de sua constituição, uma vez independente de qualquer ato ou declaração. Consideram-se concebidos na constância da união estável os filhos nascidos no prazo de trezentos dias após a dissolução por morte ou separação de fato comprovada. A alusão a marido, neste caso, compreende o companheiro.<sup>160</sup>

Por ser baseada em ato-fato jurídico - o direito não considera a vontade subjacente, mas somente o fato resultante -, e não em ato jurídico, a união estável apresenta complicações quanto à aplicação da presunção de paternidade do companheiro, uma vez que falta instrumento jurídico de constituição. Entretanto, dificuldades práticas não devem servir de obstáculos à aquisição de direito, porque tornaria a paternidade dependente do reconhecimento voluntário ou judicial, negando-se, com isso, a aplicabilidade aos efeitos parentais advindos da união estável como entidade familiar, equiparando o pai ao genitor que não reconheceu a paternidade.<sup>161</sup>

Presume-se a paternidade pela simples existência não controvertida da união estável, bastando a declaração do nascimento feita pelo pai e sua declaração de que convive em união estável com a mãe, realizadas perante o oficial do registro público. Caso a mãe seja a única declarante, compete a ela juntar declaração escrita do companheiro ou outra prova de

---

<sup>158</sup> LUZ, 2009, p. 166

<sup>159</sup> LÔBO, 2011, p. 226

<sup>160</sup> LÔBO, 2011, p. 226

<sup>161</sup> LÔBO, 2011, p. 227

existência da união estável, como contrato de regime de bens ou certidão de nascimento de ou filho comum. Caso tenha dúvidas, o oficial deve dirimi-las com o juiz, não podendo, contudo, recusar de antemão o registro.<sup>162</sup>

Afirma-se, por conseguinte, que:

Ao aplicar a presunção de paternidade somente ao casamento, está o Código Civil criando duas diferentes categorias de filhos: os filhos de pessoas casadas (que gozam de presunção e podem exigir [...] os seus direitos decorrentes do parentesco paterno) e os filhos de mulheres não casadas (que [...] precisam de reconhecimento pelos seus pais e, não ocorrendo espontaneamente, precisam investigar a paternidade, aguardar a decisão judicial para [...] exigir os direitos respectivos. Há flagrante tratamento discriminatório entre os filhos [...] e entendemos que a matéria reclama *interpretação conforme a Constituição*, estendendo-se [...] os efeitos práticos da presunção também à união estável. [...] não se esqueça que a presunção de filiação não decorre de norma de exceção ou restritiva, [...] permitida a analogia.<sup>163</sup>

Assim exposto, evidenciada a aplicabilidade da presunção legal de filiação também em casos de união estável, analisar-se-á, agora, o conteúdo de cada inciso contido no art. 1.597 do Código Civil.

Os dois primeiros incisos do artigo sob análise fundamentam-se nos períodos mínimo e máximo de gestação viável. Ressalta-se que o prazo de cento e oitenta dias começa a fluir a partir do momento em que é estabelecida a convivência conjugal, não do dia da celebração do casamento.<sup>164</sup> Por igual, a presunção permanece mesmo após a extinção do casamento pelo prazo de trezentos dias, o que equivale a aproximadamente dez meses, período máximo de gestação.<sup>165</sup>

Contudo, deve-se esclarecer que o inciso I do art. 1.597, em decorrência da concepção de família socioafetiva concedida pela Constituição Federal de 1988, a qual relativiza a origem biológica, trata de presunção não determinante da paternidade ou da filiação, pois, independentemente da fidelidade da mulher, o pai, o marido ou companheiro que aceita, incondicionalmente, assumir a paternidade do filho, mesmo que este tenha nascido antes do prazo de cento e oitenta dias do início da convivência, não questionando a origem genética, consolidando-se o estado de filiação. Anteriormente à Constituição Federal, vale lembrar, a razão de ser desta presunção advinha da necessidade de se atribuir legitimidade ou

---

<sup>162</sup> LÔBO, 2011, p. 227

<sup>163</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 591

<sup>164</sup> GONÇALVES, 2009, p. 288

<sup>165</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 592

ilegitimidade à filiação.<sup>166</sup>

No que se refere ao inciso II do artigo estudado, pontua-se que o prazo nele contido, qual seja, de trezentos dias para a existência de presunção, deve ser considerado quando da separação de fato, e não necessariamente do divórcio ou invalidação do casamento, bem como que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/10, não mais haverá referência à separação, judicial ou em cartório, tendo em vista que o recente Texto Constitucional aboliu a medida do ordenamento jurídico.<sup>167</sup>

Somente haverá presunção *pater is est*, em ambos os casos (incisos I e II do art. 1.597), quando houver convivência entre o casal. Com a evolução científica e a possibilidade de realização de exames que apurem, de forma certa e inquestionável, a paternidade, especialmente por meio do DNA, cuja molécula contém o código genético advindo da herança cromossômica de cada indivíduo, prevalecerá a verdade biológica.<sup>168</sup>

Conforme doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

De qualquer maneira, é fundamental lembrar, de uma banda, que a presunção aqui estabelecida é *relativa* e, de outro lado, a existência de mecanismos seguros de determinação científica da filiação, através da comparação genética por meio de DNA - ácido desoxirribonucléico. Com isso, não se pode negar a premente necessidade de adaptação do sistema de presunções do Direito das Famílias à nova realidade científica. Daí a conclusão que chegamos de que os incisos I e II do multicitado comando 1.597 da Lei Civil são de pouquíssima importância prática, não se justificando no novo panorama científico.<sup>169</sup>

Por fim, estabelece o Código Civil, nos incisos III, IV e V do art. 1.597, outras três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento, todas relacionadas à reprodução medicamente assistida. A doutrina tem considerado que referidas hipóteses são adequadas aos avanços ocorridos nesta área.<sup>170</sup>

Nos incisos III e IV do artigo em comento, o Código Civil tratou da presunção de paternidade em casos de reprodução assistida homóloga, ou seja, com a utilização de material genético do próprio casal, colhido com o consenso recíproco. A primeira hipótese trata da fecundação *post mortem*, quando já falecido o marido/doador do sêmen, sendo necessário que o sêmen tenha sido implantado no corpo da mulher após o óbito de seu esposo. Já a segunda trata dos embriões excedentários, ou seja, aqueles que remaneceram de uma reprodução

---

<sup>166</sup> LÔBO, 2011, p. 221

<sup>167</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 592

<sup>168</sup> GONÇALVES, 2009, p. 290-291

<sup>169</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 592-593

<sup>170</sup> GONÇALVES, 2009, p. 291

assistida realizada anteriormente, não tendo sido implantados no útero da mulher.<sup>171</sup>

O Código Civil, em seu art. 1.597, V, prevê a possibilidade de presunção *pater is* quando há fecundação heteróloga. Aqui, há uma fecundação realizada com material genético de terceiro, lembrando que a legislação não exige que o marido que consentiu seja impedido de procriar, havendo exigência no que diz respeito somente à anuência expressa por parte deste. Destaca-se que, além de expressa, deverá, também, ser escrita, em conformidade com a Resolução n. 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina. Defende-se, doutrinariamente, que referida autorização somente poderá ser revogada até o momento em que se inicia procedimento de fertilização, a partir do qual se teria a presunção de paternidade.<sup>172</sup>

Observa-se, com isso, que a anuência do marido possui enorme relevância, funcionando como um reconhecimento prévio de filho, sendo caso típico de filiação socioafetiva, inadmitida a impugnação da paternidade com prova pericial biológica.<sup>173</sup>

Ressalta-se, finalmente, que o presente trabalho analisa, no que diz respeito à filiação, situação descrita no Código Civil pelo art. 1.597, IV, em que o embrião, havido por fertilização *in vitro*, já concebido – e criopreservado - à época da morte do genitor, é implantado no útero após a ocorrência desta. Desta forma, aprofundar-se-á o estudo do disposto no inciso em questão, trazendo para discussão, também, as questões polêmicas que o envolvem.

### **3.2.1.1 Presunção de Filiação nos Termos do Art. 1.597, IV, do Código Civil: o Embrião já Concebido quando da Morte do Genitor e Implantado após a sua Ocorrência**

De início, salienta-se que somente é admitida a implantação no útero materno de embriões excedentários se estes derivarem de fecundação homóloga, ou seja, da utilização dos gametas da mãe e do pai, sejam casados ou companheiros em união estável. Consequentemente, é vedada a utilização de embrião excedentário por homem e mulher que não sejam os pais biológicos, ou por outra mulher titular de entidade monoparental.<sup>174</sup>

Por embrião excedentário, conforme já explicado no primeiro capítulo deste trabalho (item 1.2.3), entende-se aquele fecundado externamente ao corpo feminino através da técnica

---

<sup>171</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 598-600

<sup>172</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 601

<sup>173</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 603

<sup>174</sup> LÔBO, 2011, p. 223

de fertilização *in vitro* e não introduzido de imediato na mulher, sendo armazenado por técnicas especiais<sup>175</sup> (criopreservação).

A situação a ser questionada neste trabalho diz respeito à presunção de filiação do filho havido por fertilização *in vitro* anteriormente à morte do genitor e implantado no útero materno após a ocorrência desta. Trata-se, pois, da utilização de embrião tido por excedentário.

O art. 1.597 do Código Civil, em seu inciso IV, prevê a presunção de filiação aos filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.”<sup>176</sup>

Destarte, consegue-se verificar que a situação anteriormente descrita é englobada pelo dispositivo legal em análise, uma vez que o filho havido decorreu de embrião excedentário originado de reprodução medicamente assistida homóloga. A expressão “a qualquer tempo” faz entender que a implantação *post mortem* de referido embrião no útero materno não é impeditiva do estado de filiação presumido legalmente.

Contudo, há que se discutir a inexistência de previsão legal apta a regulamentar devidamente referida situação, conforme será exposto a seguir.

### **3.2.1.1.1 Necessidade de Prévia Autorização do Marido ou Companheiro**

Primeiramente, salienta-se que o legislador não fez referência à necessidade, ou não, de prévia autorização do marido ou companheiro para a utilização de seu embrião posteriormente a sua morte.<sup>177</sup>

Diante desta lacuna legal, foi elaborado o Enunciado número 107 da Jornada de Direito Civil, a seguir destacado:

107 – 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.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> GONÇALVES, 2009, p. 292

<sup>176</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 23 mai. 2014

<sup>177</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 598

<sup>178</sup> JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V, 2012, Brasília, DF. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 27. 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: 23 mai. 2014

No tocante ao Enunciado n. 107, o qual interpreta a aplicação do inciso IV do art. 1.597 do Código Civil, tem-se que, quando finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571 do mesmo Código, a regra de referido inciso, qual seja, da presunção *pater is est*, somente poderá ser aplicada se houver prévia autorização, por escrito, do ex-cônjuge ou ex-companheiro para a utilização dos embriões excedentários, podendo ser revogada somente até o início do procedimento de sua implantação.

Dispõe o art. 1.571 do Código Civil que:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

§ 1o O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2o Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.<sup>179</sup>

Ademais, quanto à necessidade de autorização, tem-se a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/13 - a qual substituiu *in totum* a Resolução n. 1.957/10 -, no que se refere à criopreservação de gametas ou embriões e à reprodução assistida *post mortem*, respectivamente, que:

a) 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.

b) 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.<sup>180</sup>

Destarte, havendo a morte de um dos cônjuges (art. 1.571, I, do Código Civil), termina a sociedade conjugal e, conseqüentemente, a presunção legal de filiação do filho havido por fertilização *in vitro* anteriormente à morte do genitor e implantado no útero materno após a ocorrência desta somente poderá ser aplicada nos termos no Enunciado n. 107 da Jornada de Direito Civil, ou seja, com prévia autorização por escrito.

<sup>179</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 23 mai. 2014

<sup>180</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 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 n. 2.013/13, de 16 de abril de 2013. p. 7, 9. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2014

Desta questão, surgem outros questionamentos decorrentes da ausência de previsão legal a respeito do assunto, quais sejam: supondo-se que o genitor queira deixar, por escrito, que autoriza a implantação do embrião excedentário por parte da esposa, após sua morte, como deverá fazê-lo? O que ocorre, quanto à filiação, quando o genitor manifesta-se expressamente contrário à utilização de embrião excedentário *post mortem*, ou quando não há manifestação a respeito?

Havendo autorização por parte do genitor, nos termos do Enunciado n. 107 da Jornada de Direito Civil, bem como da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/13, itens V, 3 e VIII, esta deverá ser escrita. Há, diante da possibilidade conferida pela inexistência de exigência legal quanto à forma, variadas opiniões doutrinárias a respeito.

Rolf Madeleno, sobre o tema, ensina:

[...] consequentemente, a possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido prevista no inc. III do art. 1.597 só poderá ser levada a efeito se já constar de autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação das técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido se expressou por testamento ou por documento autêntico.<sup>181</sup>

Poder-se-ia, desta forma, autorizar a utilização do embrião *post mortem* por meio de testamento ou outro documento autêntico. Sobre a utilização do testamento para a autorização de implantação de embriões excedentários no útero materno após a morte do genitor, discute-se, atualmente, a possibilidade de existência de “testamentos genéticos”:

É o denominado “testamento genético”, quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado ser utilizado para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada. Em resumo: o material genético passa a se constituir um bem de inventário, destinando-se servir à procriação do(a) falecido(a). [...] No atinente aos “testamentos genéticos”, inexistente previsão na legislação brasileira, dispondo, entretanto, a Resolução 1.957, de 06.01.2011, do Conselho Federal de Medicina, que “não constitui ilícito ético a reprodução assistida “post mortem”, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (Anexo único, VIII). Este normativo ético é premissa de base suficiente a sugerir a prática mais elaborada de testamentos da espécie.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 388

<sup>182</sup> ALVES, Jones Figueirêdo. Testamento genético celebra a dignidade da vida. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-15/jones-figueiredo-testamento-genetico-celebra-dignidade-vida>>. Acesso em: 25 mai. 2014

A respeito do testamento, o Código Civil prevê, em seus arts. 1.857 e 1.858, que:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.<sup>183</sup>

Tratando, por último, da situação em que o genitor deixa manifestação expressa no sentido de não permitir a utilização do embrião excedentário após a sua morte, ou sobre o assunto não se manifesta, há que se observar a existência de um conflito de direitos da personalidade, uma vez que o menor possui direito imprescritível ao reconhecimento de sua paternidade, e o doador dos gametas também tem o direito de optar pela implantação ou não de seu material genético.<sup>184</sup>

Todavia, caso seja implantado o embrião, o direito à filiação encontra-se acima do direito à reprodução, devendo o filho ser reconhecido, ainda que contra a vontade paterna. Diante da estrutura constitucionalmente dada à filiação, torna-se razoável alegar que, além da total impossibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em função de sua origem, não há mais que se falar em qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório, seja este qual for.<sup>185</sup>

O sistema jurídico até então vigente foi rompido, não mais sendo tolerável qualquer óbice ao reconhecimento ou à contestação da filiação. Na mesma linha, encontram-se os arts. 26 e 27 da Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, e os arts. 1.601 e 1.606 do Código Civil. Ademais, o art. 1.596, do mesmo Código, de forma a receber os novos paradigmas constitucionais sobre a filiação, prescreve que:<sup>186</sup>

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.<sup>187</sup>

<sup>183</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>184</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. *Revista de Ciências Jurídicas- UEM*, v. 7, n. 1, 2009. p. 17-18. Disponível em: <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/10963-41018-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>185</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 560

<sup>186</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 561

<sup>187</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 24 mai. 2014

Não se exclui, contudo, a responsabilização civil da clínica que realizou o procedimento ou que liberou o material genético para que este fosse utilizado. Em atenção ao teor da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/13, a clínica de fertilização possui condições de saber qual era a vontade do doador. Salienta-se que, sobrevindo mudança de vontade, o genitor poderá notificar o laboratório extrajudicialmente<sup>188</sup>, lembrando que o fará somente até o início do procedimento de implantação do embrião, nos termos do Enunciado n. 107 da Jornada de Direito Civil.

Neste sentido, portanto, responde-se também o último questionamento, uma vez que, mesmo havendo manifestação expressa acerca do não consentimento do genitor quanto à utilização do embrião excedente - ou a falta de manifestação a respeito -, o direito de filiação, no direito pátrio atual, não encontra qualquer óbice legal.

Portanto, caso a mulher venha a utilizar o embrião excedentário sem a prévia anuência escrita do falecido marido ou companheiro, embora não haja incidência da presunção legal *pater is est*, a filiação poderá ser determinada pelo critério biológico, não ficando o filho sem pai. Se, por outro lado, for ilícito o uso do embrião excedentário, o prejudicado poderá reclamar indenização de quem ocasionou o dano.<sup>189</sup>

### **3.2.1.1.2 Necessidade de Permanência do Estado de Viuvez**

O legislador, ademais, não mencionou se a mulher em quem será implantado o embrião necessita manter o estado de viuvez, o que parece ser fundamental, uma vez que, caso venha a casar ou viver com um companheiro novamente, a paternidade será direcionada ao novo marido ou companheiro.<sup>190</sup>

106 – 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.<sup>191</sup>

Não obstante a previsão da restrição da viuvez estar contida no Enunciado n. 106, o qual concerne à interpretação do art. 1.597, III, do Código Civil, mostra-se relevante o uso desta também no inciso IV do mesmo artigo, pois, neste caso, não incidirá a presunção legal de paternidade do segundo marido, estando afastada a aplicação do art. 1.598 do Código Ci-

<sup>188</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa, 2009. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>189</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 599

<sup>190</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 598

<sup>191</sup> JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V, 2012, p. 27

vil. Mister lembrar que devem se manter viúvas, nesta ocasião, tanto a ex-esposa quanto a ex-companheira.<sup>192</sup>

Sobre a presunção legal de paternidade do segundo marido, o art. 1.598 do Código Civil:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597.<sup>193</sup>

Evidente, pois, que deve existir a restrição de viuvez no caso em análise para a incidência da presunção legal de paternidade. Descumpridas referidas prescrições, no entanto, inclusive no que se refere à falta de autorização por parte do falecido genitor, o filho poderá ajuizar ação de investigação de paternidade *post mortem* para obter o reconhecimento de seu estado filiatório.<sup>194</sup>

A respeito da investigação de paternidade, esclarecem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Tudo isso sem esquecer a possibilidade, ainda, de o filho (já registrado em nome de uma pessoa) ajuizar *ação de investigação de parentalidade* contra o seu pai ou mãe verdadeiros, obtendo, como efeito anexo da sentença, a desconstituição do primeiro registro e lavratura de um novo registro. Nesse caso, haverá uma negação de filiação por via oblíqua, indireta, promovida pelo filho, e não pelo ascendente. O Superior Tribunal de Justiça vem permitindo a propositura da investigação de parentalidade com pedido de cancelamento do registro anteriormente existente, exigindo, apenas, a formação de um litisconsórcio passivo necessário entre o pai registral [...] e o suposto pai [...].<sup>195</sup>

### 3.3 Necessidade de Previsão Legal Específica para o Assunto

A respeito da normatização dos assuntos abordados, referentes à necessidade de permanência do estado de viuvez e à autorização prévia por parte do genitor no que se diz respeito à utilização de embriões excedentários decorrentes de reprodução medicamente assistida homóloga (art. 1.597, IV, do Código Civil) e o consequente reconhecimento da filiação, deve-se destacar que não há previsão em lei. Quanto aos Enunciados das Jornadas Cíveis e às Resoluções emitidas pelo Conselho Federal de Medicina, verifica-se que não possuem força de lei.

<sup>192</sup> GONÇALVES, Fernando David de Melo. A paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga e o novo código civil brasileiro. *Revista Autor*, S.1, 30 de junho de 2008. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32193-38279-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>193</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>194</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 598

<sup>195</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 609

Esclarece-se, quanto às Jornadas Cívicas, que:

O Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários - CEJ, dentre os serviços que presta ao aperfeiçoamento da Justiça Federal, tem promovido as Jornadas de Direito Civil, desde 2002. O objetivo é reunir magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate, em mesa redonda, de temas sugeridos pelo Código Civil de 2002 e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil e Direito de Família e Sucessões).<sup>196</sup>

No que se refere às Resoluções:

Tratando-se, desse modo, de atos de fiscalização administrativa, estes apenas podem dizer respeito a situações concretas. Neste caso, deverão observar, em cada caso, o respeito aos princípios constitucionais, em especial, o da proporcionalidade, garantia fundamental do cidadão enquanto asseguradora do uso de meios adequados pelo poder público para a consecução das finalidades (previstas, como matriz máxima, na Constituição). Há, assim, uma nítida distinção entre a matéria reservada à lei (geral e abstrata) e aos atos regulamentares. A primeira diz respeito à previsão de comportamentos futuros; no segundo caso, dizem respeito às diversas situações que surjam da atividade concreta dos juízes e membros do Ministério Público, que é, aliás, o que se denomina – e essa é a especificidade dos Conselhos – de “controle externo”.<sup>197</sup>

O que distingue o conceito de lei de outros atos são a sua estrutura e a sua função. As leis possuem caráter geral, regulando situações em abstrato, enquanto que os atos regulamentares, como resoluções, decretos, etc., destinam-se a concreções e individualizações. Destarte, uma resolução não pode se encontrar na mesma hierarquia de uma lei, uma vez que esta emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares restringem-se a matérias com amplitude normativa reduzida.<sup>198</sup>

A respeito do assunto, propondo uma solução, adverte Silvio de Salvo Venosa que:

[...] o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.<sup>199</sup>

Conclui-se, diante da análise deste capítulo, que a regulamentação da reprodução medicamente assistida e, particularmente, da utilização de embriões excedentários *post*

<sup>196</sup> JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V, 2012, p. 6. Acesso em: 23 mai. 2014

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista de Doutrina TRF4*, n. 09, 18 novembro 2005. Disponível em: < <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin, 2005. Acesso em: 24 mai. 2014

<sup>199</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007. p. 256

*mortem*, necessita ser feita, urgentemente, por lei específica, de forma a findar a insegurança jurídica que rege a situação ora abordada.

## 4. O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO HAVIDO POR FERTILIZAÇÃO IN VITRO HOMÓLOGA E IMPLANTADO POST MORTEM

### 4.1 Direito das Sucessões

#### 4.1.1 Conceito

“A palavra ‘sucessão’, em seu sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”. Contudo, no direito das sucessões, o vocábulo assume sentido estrito, designando somente a que decorre do falecimento de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. Este ramo do direito trata da transmissão do patrimônio, que significa o ativo e o passivo do *de cuius* ou autor da herança, aos seus sucessores.<sup>200</sup>

O termo “sucessão” decorre do latim *succedere*, que significa “vir no lugar de alguém”, enquanto que a expressão *de cuius*, proveniente também do latim, é a abreviatura da frase “*de cuius successionem (ou hereditatis) agitur*, ou seja, “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata.”<sup>201</sup>

Conforme preceitua Eduardo de Oliveira Leite, a palavra “sucessão”:

[...] Em sentido próprio (ou restrito) [...] designa a transmissão de bens de uma pessoa em decorrência de sua morte. Com a transmissão, a sucessão estabelece uma ligação entre duas pessoas: a) o autor (ou defunto) - usualmente denominado de *cuius*; b) o sucessor - termo genérico que abrange as espécies, herdeiro e legatário. Em sentido amplo, a sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, substituindo o antigo titular nos direitos que lhe competiam.<sup>202</sup>

Pode-se afirmar que o direito das sucessões é o complexo de princípios segundo os quais é efetuada a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir.<sup>203</sup> Em sentido objetivo, trata-se do conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em razão de sua morte. Em sentido subjetivo, caracteriza-se pelo direito de suceder, ou seja, de receber o acervo hereditário de alguém falecido.<sup>204</sup>

O direito das sucessões, assim sendo, é identificado como o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens deixados por pessoa física devido a sua morte, não tratando,

---

<sup>200</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19-20

<sup>201</sup> GONÇALVES, 2012, p. 20

<sup>202</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 23

<sup>203</sup> BEVILÁQUIA apud GONÇALVES, 2012, p. 20

<sup>204</sup> MAXIMILIANO apud GONÇALVES, 2012, p. 20

portanto, das diversas hipóteses de sucessão entre vivos, objeto de outros ramos do direito.<sup>205</sup>

O Livro V do Código Civil, do Direito das Sucessões, possui fundamental importância na medida em que, entre a vida e a morte, é decidido o destino da condição do ser humano. O direito em questão se funda na ideia simples - contudo, envolta em significações - de continuidade após a morte, mantida e protegida na pessoa do herdeiro. Importante o direito das sucessões, portanto, porque o homem desaparece, mas seus bens permanecem. Grande parte das relações humanas transmite-se para a vida daqueles que sobrevivem, dando continuidade, através da sucessão - pelo direito dos herdeiros -, em infinita e contínua manutenção da imagem e atuação do *de cuius*, em vida, para o momento posterior ao seu falecimento.<sup>206</sup>

#### 4.1.2 Evolução Histórica

O direito sucessório remonta à mais alta antiguidade, sempre sendo ligado à ideia de continuidade religiosa e familiar. Em Roma, na Grécia e na Índia, a religião desempenhou grande importância para a formação da família.<sup>207</sup> Àquela época e durante séculos, a sucessão transmitia-se apenas pela linha masculina, pois o filho era o sacerdote da religião doméstica e, conseqüentemente, aquele que recebia o patrimônio da família.<sup>208</sup> O afastamento da filha justifica-se pelo fato de que iria se casar, passando esta a integrar a família de seu marido, perdendo qualquer forma de laço familiar com seu pai, cultuando, ademais, os deuses da nova família.<sup>209</sup>

Fustel de Coulanges ensina que:

Deste princípio se originaram todas as regras do direito sucessório entre os antigos. A primeira é que sendo a religião doméstica como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. [...] Um homem morria sem filhos; para saber quem seria o seu herdeiro, bastava procurar aquele que deveria ser o continuador do seu culto. Ora, a religião doméstica transmitia-se pelo sangue, de varão em varão. Só a descendência em linha masculina estabelecia entre dois homens a ligação religiosa, permitindo a um continuar o culto do outro. Como já vimos, o parentesco era apenas a expressão dessa relação. Era-se parente porque se tinha o mesmo culto, o mesmo lar originário, e os mesmos antepassados. Mas não se era parente por ter nascido da mesma mãe; a

<sup>205</sup> LÔBO, 2011, p. 47

<sup>206</sup> LEITE apud GONÇALVES, 2012, p. 20

<sup>207</sup> GONÇALVES, 2012, p. 21

<sup>208</sup> RODRIGUES apud GONÇALVES, 2012, p. 21

<sup>209</sup> GONÇALVES, 2012, p. 21

religião não admitia o parentesco pelas mulheres. Os filhos de duas irmãs, ou os de uma irmã e de um irmão, não tinham entre si laço algum, pois não pertenciam à mesma religião doméstica nem à mesma família.<sup>210</sup>

O conhecimento da evolução histórica evidencia-se no direito romano. A Lei das XII Tábuas outorgava absoluta liberdade ao *pater familias* para dispor de seus bens após a morte. Contudo, caso viesse a falecer sem testamento, a sucessão seguidamente, dava-se a três classes de herdeiros: *sui*, *agnati* e *gentiles*. Os *heredi sui et necessarii* eram os filhos que estavam sob o poder do *pater* e se tornavam *sui iuris* com sua morte, abrangendo os filhos, os netos e a esposa. Os *agnati* eram os parentes mais próximos do falecido, de origem tão-somente paterna; deferia-se, neste caso, a herança ao agnado mais próximo no momento da morte. E, por último, ausentes os membros de referidas classes, eram chamados à sucessão os *gentiles*, membros da *gens*, grupo familiar em sentido lato.<sup>211</sup>

A respeito do assunto, Luiz Antonio Rolim:

O *jus civile* romano conhecia dois tipos de sucessão: a *testamentária*, que era a manifestação de vontade do testador, e a *hereditária*, que provinha da lei. [...] A sucessão testamentária foi a mais antiga forma de sucessão conhecida no Direito Romano. Mesmo antes da Lei das XII Tábuas todo o cidadão romano tinha, praticamente, o dever de fazer um testamento, pois era considerado desonroso uma pessoa morrer sem ter indicado a destinação de seu patrimônio após sua morte. [...] Se a pessoa, no entanto, morresse sem deixar testamento ou disposição de última vontade, ou se porventura o testamento anteriormente feito fosse considerado ineficaz [...], ocorria a sucessão legítima [...]. [...] O Direito Romano arcaico, contido no *jus civile*, dividia os herdeiros em três categorias: os *heredes sui*, os agnados e os *gentiles*.<sup>212</sup>

Somente no Código de Justiniano a sucessão legítima passou a ser fundada unicamente no parentesco natural, havendo a seguinte ordem de vocação hereditária: descendentes, ascendentes - em concurso com irmãos e irmãs bilaterais -, irmãos e irmãs - consanguíneos ou uterinos -, e outros parentes colaterais.<sup>213</sup>

Na França, desde o século XIII, aplicou-se o *droit de saisine*, instituição originada do direito germânico, pelo qual a propriedade e a posse da herança são transferidas aos herdeiros com a morte do hereditando. O Código Civil francês, de 1804, em seu art. 724, prevê que os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e cônjuge sobrevivente recebem, de pleno direito, os

<sup>210</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret Ltda., 2008. p. 78-79, 85

<sup>211</sup> GONÇALVES, 2012, p. 21-22

<sup>212</sup> ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 300-301, 309-310

<sup>213</sup> GONÇALVES, 2012, p. 22

bens, direitos e ações deixados pelo *de cuius*.<sup>214</sup>

Com a Revolução Francesa, o direito de primogenitura e o privilégio da masculinidade foram abolidos. O Código Napoleão manteve, ademais, a unidade sucessória e a igualdade de herdeiros do mesmo grau, apenas distinguindo os herdeiros - parentes do falecido, nos quais é iniciada a linha da vocação hereditária -, dos sucessíveis - na falta dos herdeiros, completa-se a vocação com os filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado.<sup>215</sup>

O princípio da *saisine* foi introduzido no direito brasileiro através do art. 978 da Consolidação das Leis Civis, e do art. 1.572 do Código Civil de 1916, o qual dispunha que, quando aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Filiou-se referido diploma, com isso, ao sistema germânico-francês.<sup>216</sup>

A Constituição Federal, por seu turno, trouxe duas disposições referentes aos direitos das sucessões, quais sejam, a do art. 5º, XXX, que inclui o direito de herança como direito fundamental, e a do art. 227, § 6º, o qual garante a igualdade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, bem como pela adoção.<sup>217</sup>

Tem-se, em referidos dispositivos, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança;

[...]

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.

[...]

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>214</sup> VELOSO apud GONÇALVES, 2012, p. 22

<sup>215</sup> GONÇALVES, 2012, p. 22

<sup>216</sup> GONÇALVES, 2012, p. 22

<sup>217</sup> GONÇALVES, 2012, p. 22

[...] <sup>218</sup>

Finalmente, o Código Civil vigente, de 2002, apresentou inúmeras inovações, podendo ser destacada a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com descendentes e ascendentes.<sup>219</sup> Desta forma, o legislador parece ter considerado que fundamentam o direito sucessório não somente o direito de propriedade em sua completude, como também o direito de família, protegendo-a, unindo-a e perpetuando-a.<sup>220</sup>

Contudo, conforme destaca Maria Berenice Dias, há que se fazer algumas críticas a referido Código no que diz respeito à parte de sucessões:

Apesar da tentativa de sistematização, de modo frequente, se flagra dispositivos, títulos e capítulos completamente embaralhados. Basta lembrar que a sucessão na união estável se encontra entre as disposições gerais. O capítulo dos excluídos da sucessão antecede os títulos que regem o direito dos herdeiros. A deserdação encontra-se entre as normas que regulam o testamento. Todos estes equívocos só servem para evidenciar o pouco caso com que o codificador tratou o tema do direito sucessório.<sup>221</sup>

Após esta breve exposição da evolução histórica do direito das sucessões, trabalhar-se-á, a seguir, a abertura da sucessão, nos termos do art. 1.784 do Código Civil, o momento de sua transmissão (propriedade e posse) e as espécies de sucessão.

#### **4.1.3 Abertura da Sucessão, Momento da Transmissão da Propriedade e da Posse da Herança e Espécies de Sucessão**

Nos termos do art. 1.784 do Código Civil, “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”<sup>222</sup> Tem-se por herança o somatório de bens e dívidas, créditos e débitos, direitos e obrigações, pretensões e ações das quais o falecido era titular, e as que contra ele foram propostas, desde que sejam transmissíveis. Assim, pode-se afirmar que herança compreende o ativo e o passivo do *de cuius*.<sup>223</sup>

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, “a sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor e a titularidade de seus direitos deve transmitir imediatamente aos seus sucessores a título universal, já que é inconcebível a ocorrência de direito subjetivo sem titular.”<sup>224</sup> Sendo

<sup>218</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>219</sup> GONÇALVES, 2012, p. 24

<sup>220</sup> HIRONAKA apud GONÇALVES, 2012, p. 29

<sup>221</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28

<sup>222</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>223</sup> GONÇALVES, 2012, p. 32

<sup>224</sup> LEITE, 2004, p. 34

inviável admitir que um patrimônio fique sem titular, portanto, no momento da morte é aberta a sucessão, sendo esta transmitida aos herdeiros legítimos e testamentários do falecido - na ordem de vocação hereditária contida no art. 1.829 do Código Civil -, mesmo que estes ignorem o fato. Mediante uma ficção jurídica, o direito sucessório garante a transmissão da herança, mantendo, com isso, as relações jurídicas que possuía o *de cujus*.<sup>225</sup>

A respeito do assunto, importante destacar que os termos “herança” e “sucessão” não são sinônimos. Tem-se por sucessão o ato de suceder, o qual, como já elucidado, pode ocorrer por ato entre vivos ou em função da morte. Por herança, o conjunto de direito e obrigações que é transmitido, em função da morte, para um conjunto de pessoas que sobrevivem ao falecido.<sup>226</sup>

Ademais, os termos “transmissão” e “morte” também não podem ser confundidos. A morte é o antecedente lógico: é pressuposto e causa; transmissão é a consequência, o efeito da morte. Por meio de ficção legal, coincidem em termos cronológicos.<sup>227</sup> A morte é a natural, não importando seu motivo. Mesmo em caso de suicídio a sucessão do *de cujus* é aberta. Entretanto, há a hipótese legal de morte presumida pela ausência da pessoa, nos termos do art. 6º do Código Civil.<sup>228</sup>

Por ausente, tem-se aquele que desaparece de seu domicílio, não informando a ninguém onde se encontra, nem deixando representante ou procurador para administrar seus bens, na forma estabelecida pelo art. 22 do Código Civil. Sendo a ausência prolongada e aumentando a chance de que tenha falecido, os interesses dos herdeiros passam a se evidenciar (arts. 25 a 38 do Código Civil). Em um primeiro momento, os herdeiros ingressarão com um pedido de abertura de sucessão provisória; se, passados dez anos desde a abertura, o ausente não tiver retornado, ou não tiver sido confirmada a sua morte, poderão aqueles pedir a sucessão definitiva. Ainda, pode-se requerer a abertura da sucessão definitiva com a comprovação de que o ausente contaria com 80 anos de idade, e que faz cinco anos desde as últimas notícias a seu respeito (art. 38 do Código Civil).<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> GONÇALVES, 2012, p. 33

<sup>226</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20

<sup>227</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *Revista Imes*, julho/dezembro 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/692-2338-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>228</sup> GONÇALVES, 2012, p. 33

<sup>229</sup> GONÇALVES, 2012, p. 33-34

Com a ocorrência da morte, desta forma, transmite-se a herança aos herdeiros, constando no art. 1.829 do Código Civil a ordem de vocação hereditária. Caso não haja nenhum dos elencados, o Município, o Distrito Federal ou a União recolherá a herança, nos termos do art. 1.844 do referido diploma.<sup>230</sup>

A expressão “aberta a sucessão”, prevista no art. 1.784 do Código Civil, refere-se ao momento em que surgem os direitos sucessórios, não fazendo referência, contudo, aos titulares desses direitos. A atribuição destes direitos aos sucessores denomina-se “devolução” ou “delação”.<sup>231</sup> Contudo, salienta-se que a herança é devolvida aos herdeiros necessários e deferida aos testamentários.<sup>232</sup>

A transmissão, desde logo, aos herdeiros, da herança, uma vez aberta a sucessão, consiste o princípio da *saisine*, através do qual o *de cuius* transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança.<sup>233</sup>

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka definem referido princípio:

Este princípio é chamado *droit de saisine*, e vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independentemente de qualquer formalidade, logo se abre a sucessão, investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário.<sup>234</sup>

Em interpretação ao art. 1.784 do Código Civil, observa-se que o legislador não fez menção à transmissão do domínio e posse, optando este pela referência à transmissão da “herança”, sendo subentendido conceito abrangente de propriedade.<sup>235</sup> O dispositivo em comento reafirma o direito de *saisine*, proveniente do direito francês, e confirma a idéia de que a posse da herança transmite-se *in continenti* aos herdeiros.<sup>236</sup>

Portanto, nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Segundo a norma, enfim, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, o que é dizer que ela se transmite por meio do condomínio a todos aqueles que foram contemplados com a atribuição de uma quota parte ideal instituída pelo autor da herança por meio de testamento (herdeiro testamentário), ou

<sup>230</sup> GONÇALVES, 2012, p. 33

<sup>231</sup> HIRONAKA, 2002. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>232</sup> LACERDA DE ALMEIDA apud GONÇALVES, 2012, p. 35

<sup>233</sup> GONÇALVES, 2012, p. 38

<sup>234</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42

<sup>235</sup> GONÇALVES, 2012, p. 39

<sup>236</sup> LEITE apud GONÇALVES, 2012, p. 39

aqueles que receberão a quota parte ideal determinada por lei (herdeiro legítimo).<sup>237</sup>

Por fim, no que diz respeito à transmissão da herança, uma vez ocorrida referida situação - abertura da sucessão -, esta não poderá ser comprometida por fato novo ou lei nova, em conformidade com o exposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”<sup>238</sup>, e no art. 2.041 do Código Civil, o qual prevê que as disposições de referido diploma relativas à ordem da vocação hereditária não são aplicadas à sucessão aberta anteriormente a sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior.<sup>239</sup>

Ademais, a eficácia das disposições testamentárias serão sempre regidas pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, observando-se que, no que concerne à elaboração do testamento, a suas formalidades, ou à capacidade para testar, a lei que prevalecerá será a do tempo em que este foi realizado.<sup>240</sup>

Passando-se, neste momento, à análise das espécies de sucessão, há que se constatar, através da leitura do art. 1.786 do Código Civil que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”<sup>241</sup> Considerando-se, pois, a sua fonte, a sucessão *causa mortis* pode ser legítima - em virtude de lei - ou testamentária - por manifestação de última vontade.<sup>242</sup>

A sucessão legítima, decorrendo de lei, segue a ordem de vocação hereditária presente no art. 1.829 do Código Civil.

Eduardo de Oliveira Leite ensina que:

A ordem de vocação hereditária é aquela determinada por lei e segundo uma hierarquia que coloca os sucessores em graus de preferência em relação ao sucessível e conforme a classe a que pertencem. É determinada pelo parentesco ou pela afinidade. Na sucessão legítima convocam-se os herdeiros segundo a ordem legal, de forma que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente.<sup>243</sup>

Por sua vez, a sucessão testamentária ocorre por disposição de última vontade.

---

<sup>237</sup> HIRONAKA, 2002. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>238</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>239</sup> GONÇALVES, 2012, p. 41

<sup>240</sup> GONÇALVES, 2012, p. 41

<sup>241</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 26 mai. 2014

<sup>242</sup> GONÇALVES, 2012, p. 42

<sup>243</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 210-211

Existindo herdeiros necessários - ascendentes, descendentes ou cônjuge -, a herança é dividida em duas partes iguais e o testado somente poderá dispor da metade, chamada esta de “porção disponível”, uma vez que a outra parte é a legítima, assegurada na forma do art. 1.846 do Código Civil.

Quanto aos seus efeitos, a sucessão possui duas formas de classificação, quais sejam:

- a) a título universal: quando o sucessor (herdeiro) recebe todo o patrimônio do defunto ou uma fração da universalidade que este patrimônio representa; b) a título singular: quando o sucessor (legatário) é contemplado com bem certo e individualizado, ou com vários bens determinados, só existe por testamento.<sup>244</sup>

Uma vez analisadas as principais características que envolvem o direito das sucessões, abordar-se-á, a seguir, a possibilidade de aplicação do art. 1.798 do Código Civil - o qual dispõe a respeito das pessoas legitimadas a suceder, conforme já exposto anteriormente - à situação estudada no presente trabalho, qual seja, quando o filho é havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta: possui este direito à herança do *de cuius*?

#### **4.2 Aplicação do art. 1.798 do Código Civil ao caso do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta**

Dispõe o art. 1.798 do Código Civil que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”<sup>245</sup> O questionamento que se faz, neste ponto, diz respeito à possibilidade de suceder do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga e implantado no útero materno somente após a morte de seu genitor. Esclarecendo, portanto: quando do falecimento do pai, já existia o embrião criopreservado.

Salienta-se que o Código Civil tenta oferecer uma solução apenas no que se refere à filiação, deixando uma lacuna quanto ao direito sucessório. Não obstante o art. 1.597, IV, do referido diploma, reconhecer serem concebidos, na constância do casamento, os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de fertilização *in vitro* homóloga, não se vislumbra disposição específica acerca do direito sucessório deste filho em virtude do falecimento de seu genitor.

Para que se possa responder a esta questão, é necessário, primeiramente, que se apure o significado de concepção, uma vez que, não sendo o embrião, obviamente, pessoa nascida,

<sup>244</sup> GARCIA, Wander. *Super-revisão: doutrina para concursos e OAB*. Indaiatuba: Foco, 2012. p. 434

<sup>245</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 27 mai. 2014

somente poderia se enquadrar na segunda hipótese do art. 1.798 do Código Civil, qual seja, de pessoa já “concebida”.

Independentemente da natureza jurídica que possui o embrião pré-implantatário (situação discutida no item 2.3 deste trabalho), certo é que este pode ser considerado como concebido. A concepção ocorreria no exato momento da fertilização, ou seja, quando um espermatozóide consegue ultrapassar a zona pelúcida do óvulo.<sup>246</sup> A concepção é, portanto, a fertilização do óvulo e conseqüente formação do zigoto, seja *in vitro* ou no corpo feminino, uma vez que independe do processo de implantação do óvulo no útero materno.<sup>247</sup>

Destarte, considerando-se que o embrião é ser concebido, a doutrina se divide a respeito do assunto sob análise, qual seja, do direito sucessório do filho nascido pela implantação no útero de embrião já concebido quando da morte do genitor.

Os que negam direito sucessório ao filho havido em referida situação afirmam que toda a estrutura da sucessão está arquitetada com fundamento em um desenlace da situação a curto prazo. Se fosse admitida a relevância sucessória destas situações, não seria possível, praticamente, a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações referentes ao direito sucessório. Alegam que a partilha que porventura se fizesse estaria, de maneira indefinida, sujeita a ser alterada.<sup>248</sup>

Afirma Maria Helena Machado, em mesmo entender, acrescentando, ademais, a possibilidade de filiação, que:

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida *post mortem* decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno. [...] Pelas conseqüências apontadas, além de outras resultantes dessa prática de inseminação para a criança superveniente, conclui-se que, mais do que solução, essa prática proporciona incontáveis efeitos negativos e resultados imprevisíveis para a prole. Na realização da inseminação *post mortem* conforme se percebe, nenhuma vantagem resulta para o concebido. Além de nascer órfã.<sup>249</sup>

Há doutrina, por sua vez, em que se alega ocorrer a concepção quando o embrião se efetiva no aparelho reprodutor feminino, mesmo que tenha sido um resultado de manipulação

<sup>246</sup> SILVA, 2002b. p. 199. Acesso em: 27 abr. 2014

<sup>247</sup> ALVES. In: PENTEADO, 1999. p.185-258

<sup>248</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. v. 328. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1994. p. 79

<sup>249</sup> MACHADO, 2003, p. 107, 109

em laboratório (fertilização *in vitro*). Diz-se, neste caso, que o entendimento da corrente doutrinária que considera a concepção como o momento da penetração do espermatozóide no óvulo seria insustentável diante da possibilidade de armazenamento de embriões descartados quando da realização da inseminação artificial, os quais não serão aproveitados em outra por desinteresse do casal em ter mais filhos.<sup>250</sup> Desse modo, descartada estaria a aplicabilidade do art. 1.798 do Código Civil à situação ora abordada.

Contudo, partindo o presente trabalho do entendimento de que o embrião, ainda que não implantado no útero materno, já se encontra concebido, razão não há para que se negue a interpretação literal do art. 1.798 do Código Civil, quando evidencia que a pessoa “já concebida” possui legitimidade para suceder. Este entendimento se encontra, igualmente, na doutrina brasileira, conforme a seguir demonstrado.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

Não é demais reiterar a interessante discussão sobre os efeitos sucessórios decorrentes da fertilização assistida. Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos dos art. 1.596, III, e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia *concepção*, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem *nasceu ou foi concebido*. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). [...] se não houver *concepção*, ou seja em se tratando de sêmen congelado, sem ainda ter havido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório [...].<sup>251</sup>

Diferenciam-se, portanto, neste caso, duas hipóteses. Caso já exista, quando da morte do autor da herança, mantido sob criopreservação, o embrião concebido com material genético fornecido por ele, ainda que transcorra muito tempo, sendo esse embrião implantado no útero materno, seu nascimento com vida conferir-lhe-á capacidade sucessória. Contudo, se na data da abertura da sucessão ainda não há embrião, mas tão-somente gametas criopreservados, provenientes do autor da herança, uma vez utilizado esse material genético para a concepção de uma pessoa, esta não teria nenhum direito sucessório relativamente ao patrimônio do fornecedor do sêmen criopreservado, uma vez que ainda não estava concebida ao tempo de seu falecimento.<sup>252</sup>

Justificando o Enunciado n. 267 da Jornada de Direito Civil, o qual dispõe que a

---

<sup>250</sup> LÔBO, 2011, p. 222

<sup>251</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 598

<sup>252</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família, sucessões*. 2. ed. rev. e atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 235

regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante técnicas de reprodução assistida, abrangendo, com isso, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais submetem-se às regras previstas para a petição de herança, seu autor, o juiz federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica que parte da doutrina distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai; e, b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (podendo-se falar, atualmente, também, no óvulo congelado) após o falecimento daquele que forneceu o material fecundante. A primeira hipótese autorizaria o direito à sucessão hereditária, porque já houve a concepção, ao passo em que a segunda não, uma vez que não havia concepção no momento da abertura da sucessão.<sup>253</sup>

O magistrado, continuando sua argumentação, sustenta que, sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida *post mortem*, a melhor solução a respeito do tema seria considerar que o art. 1.798 do Código Civil disse menos do que queria, cabendo ao intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito aos casos de embriões já formados e àqueles a formar.<sup>254</sup>

Com isso, no que diz respeito ao direito sucessório do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta, Guilherme Calmon Nogueira da Gama apresenta o que seria a melhor solução diante do atual ordenamento jurídico brasileiro:

[...] 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, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.<sup>255</sup>

Destarte, utilizando-se do próprio sistema jurídico atual, de forma analógica, poder-se-ia falar em “ação de petição de herança” por parte do filho nascido de implantação no útero posterior ao falecimento do genitor, mas já concebido (embrião excedentário) quando de sua ocorrência. Assim sendo, o inventário e a partilha dos bens não necessitam permanecer suspensos até que a genitora resolva implantar os embriões já concebidos em seu útero.

De acordo com o art. 1.824 do Código Civil, “o herdeiro pode, em ação de petição de

<sup>253</sup> GAMA apud LUZ, 2009, p. 187-188

<sup>254</sup> GAMA apud LUZ, 2009, p. 188

<sup>255</sup> GAMA apud LUZ, 2009, p. 188-189

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 possua.”<sup>256</sup>

Segundo ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

A ação de petição de herança constitui a proteção específica da qualidade de sucessor. Pelo princípio da *saisine*, desde a abertura da sucessão pertence a herança ao herdeiro [...]. Pode ocorrer, todavia, de nela estar investida pessoa aparentemente detentora de título hereditário. Compete a aludida ação [...] para o fim de ser reconhecido o seu direito sucessório e obter, em consequência, a restituição da herança, no todo ou em parte, de quem a possua, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título. [...] O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer [...]; mas, no sistema do novo Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança depois de decorridos 10 anos da abertura da sucessão (petição de herança).<sup>257</sup>

Tem-se que o termo inicial do lapso prescricional para a propositura da ação coincide com a data da abertura da sucessão, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 59/535, 62/822, 69/165). A propósito, mister observar o teor da Súmula n. 9 editada pela Suprema Corte, segundo a qual é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não a de petição de herança.<sup>258</sup>

Salienta-se, entretanto, que, caso a legitimação dependa do prévio reconhecimento da paternidade, o termo inicial do prazo prescricional para propositura da ação de petição de herança começa a fluir a partir da data em que o direito puder ser exercido, ou seja, do momento em que for reconhecida a paternidade, e não o da abertura da sucessão.<sup>259</sup>

Ademais, em conformidade com o art. 198, I, do Código Civil, tem-se que a prescrição não corre contra pessoa absolutamente incapaz, somente passando a correr quando o herdeiro incapaz completar dezesseis anos de idade, tornando-se relativamente incapaz.<sup>260</sup>

Uma vez reconhecida a qualidade de herdeiro do autor da petição de herança, tem-se como efeito principal a transmissão da titularidade do patrimônio deixado a seu favor. A procedência da ação, decretada em sentença que transitou em julgado, gera o reconhecimento da ineficácia da partilha quanto à parte do autor da ação, dispensando-se sua anulação. Basta, com isso, seja efetuado um simples pedido de retificação da partilha realizada

---

<sup>256</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Acesso em: 27 mai. 2014

<sup>257</sup> GONÇALVES, 2012, p. 140, 152

<sup>258</sup> GONÇALVES, 2012, p. 151- 152

<sup>259</sup> GONÇALVES, 2012, p. 140, 152

<sup>260</sup> GONÇALVES, 2012, p. 140, 152

anteriormente.<sup>261</sup>

No que concerne ao lapso temporal máximo para a implantação do embrião no útero materno após o falecimento do genitor, não há qualquer previsão legal a respeito. Contudo, deve-se lembrar que, conforme disciplina a Lei n. 11.105/05 - Lei de Biossegurança -, em seu art. 5º, II, os embriões criopreservados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou os que completarem três anos contados da data do congelamento, poderão ser utilizados para fins de pesquisa e terapia.

Concluindo, entende-se que, em virtude da ausência de previsão legal específica a respeito, caso ocorra o nascimento, diante do ordenamento jurídico vigente, de filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta, será ele legitimado a receber a parte da herança que lhe cabe, nos exatos termos do art. 1.798 do Código Civil, podendo se utilizar da ação de petição de herança (art. 1.824 do Código Civil), a qual possui prescrição nos termos acima definidos.

#### **4.3 Necessidade de Previsão Legal Específica para o Assunto e Projetos de Lei Existentes**

Observa-se, pois, que a matéria sob análise necessita, urgentemente, ser estabelecida, de maneira suficiente, em lei específica.

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.

Existem, atualmente, projetos de lei referentes ao assunto tramitando no Congresso Federal. Como exemplo, temos o Projeto de Lei n. 1.184/03, o qual define normas para a

---

<sup>261</sup> GONÇALVES, 2012, p. 140, 147

realização de inseminação artificial *in vitro*, proíbe a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical, encontra-se na Câmara dos Deputados, no aguardo do parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)<sup>262</sup>.

A este Projeto, encontram-se apensados, dentre outros: a) PL 120/2003, o qual dispõe sobre a investigação de paternidade de pessoas nascidas de técnicas de reprodução assistida; b) PL 4.686/2004, que introduz art. 1.597-A ao Código Civil, assegurando o direito ao conhecimento da origem genética do ser gerado a partir de reprodução assistida, disciplinando, ademais, a sucessão e o vínculo parental; e, c) PL 7.701/2010, que versa a respeito da utilização *post mortem* de sêmen do marido ou companheiro.<sup>263</sup>

Há, também, o Projeto de Lei n. 54/02, o qual pretende transformar a Resolução do Conselho Federal de Medicina em lei. Propõe, ademais, a necessidade de consentimento do cônjuge ou companheiro se a mulher for casada ou viver em união estável, prevendo que a decisão sobre o destino dos embriões cabe ao casal; proíbe o descarte de embriões e a redução seletiva, embora permita a seleção com o intuito de evitar a transmissão de doenças hereditárias, dentre outros assuntos.<sup>264</sup> Encontra-se arquivado desde 2007, nos termos do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal, segundo o qual, ao final da legislatura, são arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado.<sup>265</sup>

Por fim, tem-se o Projeto de Lei n. 90/99, no qual é previsto que os procedimentos podem ser utilizados por mulheres casadas ou em união estável, bem como pelas solteiras. Dispõe, ademais, que, no caso de inseminação *post mortem*, não será reconhecida a paternidade.<sup>266</sup> Encontra-se no Senado Federal, também arquivado em conformidade com o disposto no art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS: banco de dados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1>>. Acesso em: 30 mai. 2014

<sup>263</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS: banco de dados. Acesso em: 30 mai. 2014

<sup>264</sup> LIEDKE, Mônica Souza; CARLOS, Paula Pinhal de; SCHNEIDER, Raquel Belo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução Assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/temas/reproducao/art\\_01.htm#\\_ftn1](http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_01.htm#_ftn1)>. Acesso em: 30 mai. 2014

<sup>265</sup> SENADO FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=50564](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50564)>. Acesso em: 30 mai. 2014

<sup>266</sup> LIEDKE, Mônica Souza; CARLOS, Paula Pinhal de; SCHNEIDER, Raquel Belo; SCHIOCCHET, Taysa. Acesso em: 30 mai. 2014

<sup>267</sup> SENADO FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=50564](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50564)>. Acesso em: 30 mai. 2014

## CONCLUSÃO

Neste trabalho, no primeiro capítulo, foram traçados os principais aspectos da reprodução humana medicamente assistida, tendo sido tratadas sua evolução histórica, as técnicas utilizadas atualmente e, mais especificamente, a possibilidade de existência de embriões excedentários decorrentes da fertilização *in vitro*.

A ocorrência desta situação, conforme explicado, gera questionamentos de ordem bioética que, conseqüentemente, atingem o Direito no que se refere às conseqüências no âmbito da filiação e da sucessão. Propôs-se, especificamente, a discussão acerca dos direitos de filiação e sucessório do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à morte do genitor - estando, portanto, criopreservado - e implantado no útero materno após o seu falecimento.

No segundo capítulo, discorreu-se a respeito das teorias do início da vida, da personalidade civil e da natureza jurídica do embrião, de forma a demonstrar que a existência de embriões excedentários causa sérios questionamentos de ordens ética e jurídica. Evidenciou-se não haver consenso doutrinário a respeito do assunto. Neste ponto, foi esclarecido que o trabalho objetivava trabalhar a situação do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à morte do genitor e implantado após esta, ou seja, do filho já nascido. Destarte, as discussões a respeito dos direitos do embrião pré-implantatório tiveram por finalidade esclarecer que há discussão acerca da possibilidade de diferenciação entre os embriões ainda não implantados no útero (extracorpóreos) e os já implantados (nascituros).

O terceiro capítulo tratou da possibilidade de reconhecimento da filiação no caso do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga anteriormente à morte do genitor e implantado no útero materno após o seu falecimento (situação-problema do trabalho) em interpretação ao art. 1.597, IV, do Código Civil, abordando, primeiramente, o conceito de filiação, sua evolução histórica no Brasil e as formas de presunção da filiação.

Brevemente analisada a possibilidade de aplicação da presunção legal contida no art. 1.597 do Código Civil à união estável, chegou-se ao entendimento de que, em conformidade com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, a presunção de filiação deve ser aplicada a qualquer entidade familiar, devendo-se entender a referência à convivência conjugal, presente na lei, como também abrangente da convivência em união estável.

Concluiu-se, ademais, que, nos termos do Enunciado da Jornada de Direito Civil n.

107 e da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/13, itens V, 3 e VIII, a presunção *pater is est* somente poderá ser aplicada quando houver prévia autorização, por escrito, do ex-cônjuge ou ex-companheiro para a utilização dos embriões excedentários.

Contudo, caso o embrião seja implantado, o direito à filiação encontra-se acima do direito à reprodução, devendo o filho ser reconhecido, ainda que contra a vontade paterna. A estrutura constitucionalmente dada à filiação impossibilita qualquer forma de tratamento diferenciado aos filhos em função de sua origem, não havendo mais que se falar em qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório, seja este qual for.

Deve-se atentar, entretanto, que a restrição de viuvez, contida no Enunciado da Jornada de Direito Civil n. 106, deve ser estendida ao inciso IV do art. 1.597 do Código Civil, evitando a ocorrência da presunção legal de paternidade do segundo marido, estando afastada, com isso a aplicação do art. 1.598 do Código Civil. Mister lembrar que devem se manter viúvas, nesta ocasião, tanto a ex-esposa quanto a ex-companheira.

Ao final de referida seção, concluiu-se que a regulamentação da reprodução medicamente assistida no âmbito do direito de filiação necessita ser feita, urgentemente, por lei específica, findando, pois, a insegurança jurídica presente na situação analisada.

No quarto e último capítulo, abordou-se a possibilidade de reconhecimento de direito sucessório ao caso do filho havido por fertilização *in vitro* homóloga realizada anteriormente à abertura da sucessão pela morte do genitor e implantado após esta, sendo expostos, anteriormente, de forma introdutória, o conceito de sucessão *causa mortis*, a evolução do direito sucessório em âmbito internacional, o momento da abertura da sucessão, da transmissão da propriedade e da posse da herança, bem como suas espécies.

Uma vez compreendido que o embrião já se encontra concebido, entendeu-se que, quando da situação acima descrita, deverá ser aplicada a inteligência do art. 1.798 do Código Civil, segundo o qual se legitimam a suceder as pessoas já nascidas ou já concebidas à época da abertura da sucessão.

Partindo-se de referido entendimento, buscou-se trabalhar a forma pela qual o filho, nascido tempos após a morte de seu genitor, poderia reclamar sua parte na herança, levando-se em consideração o ordenamento jurídico vigente. Desta forma, optou-se pela ideia concernente à utilização, por analogia, da petição de herança, nos termos do art. 1.824 do Código Civil.

Por fim, evidenciou-se, assim como no caso da filiação, que a regulamentação da reprodução medicamente assistida no âmbito do direito das sucessões necessita ser feita, urgentemente, por lei específica, findando, pois, a insegurança jurídica presente na situação ora analisada. Discorreu-se, a título de conclusão, brevemente, sobre os projetos de lei a respeito do assunto.

## REFERÊNCIAS

- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Dicionário Escolar da Língua Portuguesa. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos humanos, sexualidade e integridade na transmissão da vida. In: PENTEADO, Jaques de C., DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Testamento genético celebra a dignidade da vida. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-15/jones-figueiredo-testamento-genetico-celebra-dignidade-vida>>. Acesso em: 25 mai. 2014.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. v. 328. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1994.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 9, mar. 2002.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 530 p.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BERTI apud GONTIJO, Dhanila Henrique. *Direitos do nascituro: uma breve análise da teoria concepcionista à luz da lei nº 11.804/2008 (lei de alimentos gravídicos)*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/artigos/22274](http://jus.com.br/artigos/22274)>. Acesso em: 05 mai. 2014.
- BOURGUET, Vicent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acessos em: 21 mai. 2014, 26 mai. 2014.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2014.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2014.
- \_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessos em: 29 abr. 2014, 05 mai. 2014, 21 mai. 2014, 23 mai. 2014, 24 mai. 2014, 26 mai. 2014 e 27 mai. 2014.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CÂMARA DOS DEPUTADOS: banco de dados. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. *Revista de Ciências Jurídicas- UEM*, v. 7, n. 1, 2009. p. 17-18. Disponível em: <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/10963-41018-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 24 mai. 2014.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Arece, 1994.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000. 142 p.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 261-296, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família, sucessões*. 2. ed. rev. e atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. 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 n. 2.013/13, de 16 de abril de 2013. 11 p. Disponível em:

<<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 5.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínios da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EDWARDS, Robert G.; STEPTOE, Patrick C. Current status of in-vitro fertilisation and implantation of human embryos. *The Lancet*, v. 322, n. 8362. p. 1265-1269, 1983, tradução nossa. Disponível em: <<http://www.nature.com/nm/journal/v7/n10/full/nm1001-1091.html>>. Acesso em: 04 abr. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1001 p.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

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 assistida*

heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Wander. *Super-revisão: doutrina para concursos e OAB*. Indaiatuba: Foco, 2012. 1.152 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 577 p.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. A paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga e o novo código civil brasileiro. *Revista Autor*, S.1, 30 de junho de 2008.

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32193-38279-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 667 p.

GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil. In: MARTINS COSTA, Judith; MULLER Letícia Ludwig (org.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. *Revista Imes*, julho/dezembro 2002. Disponível em: <[file:///C:/Users/Priscila/Downloads/692-2338-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Priscila/Downloads/692-2338-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 26 mai. 2014.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV E V, 2012, Brasília, DF. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. 135 p. 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: 23 mai. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade: considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo código civil, volume XXI: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIEDKE, Mônica Souza; CARLOS, Paula Pinhal de; SCHNEIDER, Raquel Belo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução Assistida. Disponível em: <[http://www.ghente.org/temas/reproducao/art\\_01.htm#\\_ftn1](http://www.ghente.org/temas/reproducao/art_01.htm#_ftn1)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *Inseminação artificial*. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e das sucessões*. 3 ed. rev. atual. e amp. vol 4. São Paulo: RT, 2004.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 437 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado: direito de família, relação de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI*. São Paulo: Atlas, 2003.

- LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri: Manole, 2009. 432 p.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3. ed. Barueri: Manole, 2010.
- MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2003. 143 p.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4267>>. Acesso em: 17 abr. 2006.
- MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. São Paulo: IBCCrim, n. 6, 1998.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MONTEIRO ROCHA, Antonio do Rêgo. O nascituro e sua personalidade civil à luz dos arts. 2º do CC e 5º, § 3º, da CF/1988. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- MOORE, Keith L.; PERSUAD, T. V. N.. *Embriologia Clínica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.
- MOURA, Marisa Decat de et al. Reprodução assistida: um pouco de história. Revista da SBPH, v. 12, n. 2, p. 23-42, 2009. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151608582009000200004&script=sci\\_arttext&tlng=en](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S151608582009000200004&script=sci_arttext&tlng=en)>. Acesso em: 04 abr. 2014.
- MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. O primeiro instante. *Revista Super Interessante*, São Paulo: Abril, ed. 219, nov. 2005.
- ORSELLI, Helena de Azeredo. *A reprodução humana medicamente assistida e seus reflexos jurídicos na filiação*. Revista Jurídica, Blumenau, ano 7, n. 13, p.67-87, jun. 2003.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. *Problemas atuais da bioética*. 5 ed. São Paulo: Loyola, 2000.
- PUSSE, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- RAFFUL, A. C. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2000.
- ROCHA, Renata da. *O direito à vida e as pesquisas com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 317 p.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SENADO FEDERAL: banco de dados. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=50564](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50564)>. Acesso em: 30 mai. 2014

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=50564](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=50564)>. Acesso em: 30 mai. 2014.

SERRA, Angelo. *Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina: nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto e alla teologia*. Milão: Vita e Pensiero, 1990.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. 1 v.

SILVA, Camila Francis. O embrião humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTR, 2003.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002a. 391 p.

\_\_\_\_\_. Bioética e biodireito: as implicações de um reencontro. *Acta Bioethica*, v. 8, n. 2, 2002b. p. 195-210. Disponível em <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art04.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2014.

SOUSA, Fernanda dos Santos. *Células-tronco embrionárias: aspectos éticos e jurídicos da utilização dos embriões excedentes para fins terapêuticos à luz da lei de biossegurança*. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Metropolitana de Santos, Santos, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Revista de Doutrina TRF4*, n. 09, 18 novembro 2005. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo código civil: parte geral*. São Paulo: Método, 2007. v. 1.

TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Juruá: Curitiba, 2010.

TEPEDINO, Gustavo (Org.); RODRIGUES, Rafael Garcia. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. v. 6. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIDAL, Marciano. *Bioética: estudos de bioética racional*. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1994.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. Madrid: Tenos, 1998.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

**ANEXO A – RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA N. 2.013/13****RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/13**

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

**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 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;

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.

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.

## **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;
- 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.

## **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