



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



PATRICIA FERREIRA ROCHA

**A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO: UMA
ANÁLISE DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA A PARTIR DA REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM***

Dissertação de Mestrado

Recife/PE
2018

PATRICIA FERREIRA ROCHA

**A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO: UMA
ANÁLISE DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA A PARTIR DA REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Transformações do Direito Privado.

Linha de pesquisa: Transformações das Relações Jurídicas Privadas.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão.

Recife/PE
2018

R672c Rocha, Patrícia Ferreira

A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise da legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. – Recife: O Autor, 2018.

210 f.

Orientador: Silvio Romero Beltrão.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências.

1. Tecnologia da reprodução humana – Legislação - Brasil. 2. Legitimidade (Direito). 3. Herança e sucessão - Brasil. 4. Filhos da tecnologia de reprodução assistida. 5. Fertilização humana. 6. Direito de família. I. Beltrão, Silvio Romero (Orientador). II. Título.

346.81015 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-33)

PATRICIA FERREIRA ROCHA

**“A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO: UMA
ANÁLISE DA LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA A PARTIR DA REPRODUÇÃO
HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*”**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão.

Aprovada em 26/02/2018.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr^a. **Fabíola Albuquerque Lôbo** (Presidente)

Julgamento: **APROVADO** Assinatura: _____

Professor Dr. **Rodolfo Mário Pamplona Veiga Filho** (1º Examinador externo/UFBA)

Julgamento: **APROVADO** Assinatura: _____

Professor Dr. **Roberto Paulino de Albuquerque Júnior** (2ª Examinador interno/UFPE)

Julgamento: **APROVADO** Assinatura: _____

Recife, 26 de fevereiro de 2018.

Coordenadora Prof^a. Dr^a. **Juliana Teixeira Esteves**.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ser sempre meu guia, iluminando meus caminhos, mesmo quando achei que me encontrava perdida. À minha família e amigos por todo apoio e compreensão em minhas ausências, essa vitória é tanto minha quanto de cada um de vocês que fazem a minha vida muito mais feliz. Um agradecimento especial às minhas amigas Karina Franco e Evelyne Naves, que compartilharam comigo muitos quilômetros de estrada, muitas horas de estudo e apreensão, as alegrias de cada vitória e me deram o conforto nos momentos de descrença. A todos os meus professores que me inspiraram (e até hoje inspiram) a ingressar na carreira acadêmica, na qual já me considero realizada simplesmente por fazer o que amo. Minha gratidão particular ao meu orientador, prof. Silvio Romero Beltrão, e aos professores Fabíola Albuquerque e Paulo Lôbo, por me proporcionarem a oportunidade de desfrutar de seus ensinamentos, que, com certeza, me farão uma profissional e uma pessoa muito melhor. Por fim, meu muito obrigado a todas as instituições de ensino em que leciono, nas pessoas dos Profs. Priscila Nascimento e Douglas Vieira, em nome de quem também agradeço aos colegas que dividem a paixão pelo ensino, por todo o suporte e incentivo ao meu aperfeiçoamento profissional.

RESUMO

Esta pesquisa tem o escopo de promover uma análise da repercussão da reprodução humana assistida *post mortem* na legitimidade sucessória, a partir da delimitação jurídica da concepção humana, que importará no reconhecimento ou não da aquisição de direitos hereditários pelos filhos gerados por meio da utilização de gametas ou embriões criopreservados em procedimento reprodutivo após o falecimento de seu pai, sua mãe ou de ambos. Para tanto, no primeiro capítulo após a introdução, procura-se compreender a abrangência do direito constitucionalmente assegurado ao livre planejamento familiar, em seu aspecto negativo e, especialmente, no positivo, no que diz respeito ao direito de procriar, seja ele concretizado pelas vias naturais, seja mediante auxílio médico-científico. Quanto à reprodução humana assistida, apesar de inexistir legislação específica tratando da matéria, busca-se conceituar, classificar e demarcar seus requisitos e limites, dando ênfase à procriação póstuma. A partir desses referenciais, no capítulo seguinte, examinam-se os reflexos da reprodução humana assistida no direito civil, com destaque para a análise da necessidade ou não de reformulação do conceito de nascituro, dos impactos das tecnologias reprodutivas no instituto da filiação e a sua repercussão quanto à atribuição dos direitos hereditários. Por fim, no último capítulo antes da conclusão, analisam-se minuciosamente as possíveis repercussões da fecundação ou da transferência de embriões *post mortem* no que diz respeito à legitimidade sucessória do filho assim gerado, concluindo-se pela necessidade do estabelecimento de um conceito jurídico de concepção humana. Apesar de esta tarefa se revelar bastante árdua, mostra-se também instigante, pois envolve a construção de uma tese de direito material associada às técnicas de reprodução humana assistida, como forma de adequar o direito à nova realidade científica e sociocultural, fundamental à ordem jurídica justa, porquanto o assunto se acha em evidência tanto no mundo teórico-acadêmico quanto, e principalmente, no meio prático, jurídico e social. Com o propósito de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, a pesquisa será básica, qualitativa, explicativa, bibliográfica e monográfica.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Sucessão. Legitimidade. Concepção.

ABSTRACT

This research has the scope to promote an analysis of the repercussion of assisted human reproduction post mortem on inheritance legitimacy, from the legal delimitation of human conception, which will matter in the recognition or not of the acquisition of hereditary rights by the children generated through the use of gametes or embryos cryopreserved in reproductive procedure after the death of his father, his mother or both. To do so, in the first chapter, we seek to understand the scope of the constitutionally assured right to free family planning, in its negative aspect and, especially, in the positive, with respect to the right to procreate, be it concretized by the natural pathways, or through medical-scientific assistance. As for assisted human reproduction, although there is no specific legislation dealing with matter, it seeks to conceptualize, classify and demarcate its requirements and limits, with emphasis on posthumous procreation. From these references, the second chapter examines the repercussions of human reproduction assisted in civil law, especially the analysis of the need to reformulate the concept of the unborn child, the impact of reproductive technologies on the membership institute, and its repercussions on the allocation of hereditary rights. Finally, in the third chapter, the possible repercussions of fertilization or the transfer of post-mortem embryos with respect to the inheritance legitimacy of the child thus generated are analyzed in detail, concluding on the need to establish a legal concept of human conception. Although this task proves to be quite arduous, it is also instigating, since it involves the construction of a thesis of material law associated with the techniques of assisted human reproduction, as a way of adapting the right to the new scientific and socio-cultural reality, fundamental to the legal order fair, because the subject is in evidence both in the theoretical-academic world and, especially, in the practical, legal and social environment. In order to arrive at the expected result, which reflects the subject, the research will be basic, qualitative, explanatory, bibliographical and monographic.

Keywords: Assisted Reproductio. Succession. Legitimacy. Conception.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	16
2.1 O livre planejamento familiar e os direitos reprodutivos.....	16
2.2 Os impactos da biotecnologia na reprodução humana.....	26
2.3 Reprodução humana assistida <i>post mortem</i> e suas principais implicações jurídicas.....	51
3 REFLEXOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO CIVIL.....	71
3.1 A (des)necessidade de reformulação do conceito de nascituro em face da reprodução humana assistida.....	73
3.2 A filiação a partir da reprodução humana assistida.....	82
3.2.1 A <i>presunção de filiação diante tempo de gestação e a problemática da maternidade por substituição</i>	90
3.2.2 A <i>presunção de filiação diante da inseminação homóloga</i>	96
3.2.3 A <i>presunção de filiação diante da utilização de embriões excedentários</i>	103
3.2.4 A <i>presunção de filiação diante da reprodução assistida heteróloga</i>	107
3.3 A nova perspectiva da legitimidade sucessória à vista da reprodução humana assistida <i>post mortem</i>	115
4 A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO FILHO POST MORTEM E O CONCEITO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO.....	134
4.1 A legitimidade sucessória na fecundação assistida <i>post mortem</i>	135
4.2 A legitimidade sucessória no uso dos embriões excedentários <i>post mortem</i>	149
4.2.1 O <i>reconhecimento pleno da condição de sucessor ao embrião criopreservados</i>	150
4.2.2 O <i>reconhecimento do embrião criopreservado como sucessor atrelado a um limite temporal</i>	160
4.2.3 A <i>impossibilidade de reconhecimento de legitimidade sucessória ao embrião criopreservado</i>	166
4.3 A construção do conceito jurídico de concepção.....	174

5 CONCLUSÃO.....	186
REFERÊNCIAS.....	191

1 INTRODUÇÃO

O desejo do homem de se perpetuar para além de sua existência física e terrena sempre foi um dos grandes anseios da humanidade, que acaba por ser projetado na figura da sua descendência. Na atualidade, entretanto, esse anseio, mais do que meramente uma satisfação pessoal, ganha contornos de um verdadeiro direito-dever, traduzido na liberdade de planejamento familiar.

O direito ao livre planejamento familiar consiste em uma forma de expressão da autonomia privada, estreitamente relacionado ao exercício da sexualidade, dos direitos reprodutivos, do direito ao próprio corpo e à saúde, apresentando-se como um componente essencial ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Este direito é consubstanciado na liberdade de escolha do indivíduo ou da entidade familiar no que diz respeito à concretização de seu projeto parental, sendo vedado qualquer tipo de interferência indevida, de ordem pública ou privada. O seu exercício, contudo, não se configura num poder absoluto e ilimitado, visto que impõe a responsabilidade individual e social no terreno da parentalidade, como corolário dos princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana dos filhos e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Em que pese a geração da prole não constituir mais a razão determinante e o objetivo primordial de um relacionamento conjugal, foi preciso construir mecanismos para a sua satisfação quando a concretização do projeto parental não se torna possível por causas estranhas à autonomia reprodutiva, já que esta situação acarreta uma séria de desequilíbrios psicológicos no casal ou em um dos seus integrantes, afetando suas integridades físico-psíquicas. Neste prisma, a partir de significativas descobertas médico-científicas no ramo da biologia procracional, foram desenvolvidas as técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução assistida é, portanto, a consequência imediata da intervenção biomédica com vistas a contornar os problemas relacionados à infertilidade e esterilidade humana, ou ainda, à transmissão de doenças hereditárias ou infectocontagiosas, a partir da manipulação dos gametas sexuais ou do fruto de sua fusão, o embrião, seja intra ou extracorporeamente, a fim de que se satisfaça o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Desta forma, a presente pesquisa parte do entendimento de que a reprodução humana assistida é um desdobramento do livre planejamento familiar, que no Brasil é um direito fundamental garantido a todos, desde que não coloque em risco a vida e a saúde das pessoas envolvidas no procedimento. O direito a constituir uma família inclui, portanto, o direito de procriar, inclusive artificialmente.

As técnicas de reprodução assistida enfatizam o filho a partir de um ato desejado, de forma consciente e responsável, que pode ser materializado a partir da utilização do material biológico do próprio casal que assumirá a parentalidade da criança, fazendo com que o filho gerado porte as informações genéticas dos seus pais, ou mediante o emprego de células sexuais ou embriões de terceiros, situação em que o liame biológico será substituído, no todo ou em parte, pelo ato de vontade consistente na assunção de um projeto parental.

As técnicas de reprodução assistida ainda permitiram a observação do embrião humano sob duas perspectivas diferentes: *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, e *in uterus*, quando já transferido e aderido ao útero materno¹. A partir dessa nova realidade, a reprodução passa a ser encarada independentemente da sexualidade, e a fecundação da gestação. E mais, com o desenvolvimento do procedimento de criopreservação, que permitiu o congelamento do material genético por tempo indeterminado sem a perda da sua capacidade generativa, promoveu-se o rompimento das raízes entre a vida que surge e a morte de quem lhe deu origem², pois um novo ser humano pode vir a ser gerado após o falecimento de um ou de ambos os seus pais.

A reprodução humana assistida *post mortem*, contudo, não possui a mesma aceitação das outras modalidades de procriação artificial, sendo questionada a sua constitucionalidade, o que implica o sopesamento dos direitos em conflito na ponderação dos interesses envolvidos, afinal, as técnicas disponíveis por meio da ciência médica não podem simplesmente ingressar de forma absoluta no mundo jurídico, devendo estar sujeitas a uma

¹ FEÓ, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano**, 2010, p. 55.

² MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***, 2010, p. 50/51.

supervisão e garantia de atendimento de princípios éticos e constitucionais básicos.

E mais, as transformações sociais decorrentes do progresso biotecnológico acabam por repercutir no universo jurídico, abalando o alicerce de vários institutos do direito civil há muito arraigados. Nessa perspectiva, em que se tornou possível o desenvolvimento do embrião fora do organismo feminino, a discussão sobre o *status* do nascituro ganha novos contornos, fazendo-se necessária uma delimitação da situação jurídica do embrião pré-implantatório. Até o conceito de família precisou ser remodelado, relativizando-se o direito à filiação, o que causou grandes mudanças na estrutura das presunções de parentalidade. É no direito sucessório, todavia, que as possibilidades apresentadas pela reprodução póstuma trazem reflexos inarredáveis, que clamam por uma definição precisa com urgência e que será objeto desta pesquisa.

O direito sucessório consiste em um conjunto de normas que rege a transmissão patrimonial de uma pessoa em razão de sua morte, segundo uma vocação hereditária, em que o chamamento dos sucessores do falecido, estabelecido por um critério legal ou através da manifestação de vontade do titular do patrimônio, é verificado ao tempo da abertura da sucessão.

Para a compreensão da vocação hereditária deve-se levar em conta, em princípio, a simultaneidade de existência entre o herdeiro e o autor da sucessão, já que o ordenamento jurídico prescreve que somente estão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas ao tempo da abertura daquela. Entendese por pessoas nascidas aquelas que se tornaram autônomas em relação aos mecanismos da mulher que propiciaram o seu desenvolvimento até o momento do parto. Já a compreensão de “pessoa já concebida” não é tão facilmente delineada, centrando-se o ponto nodal da questão para identificar tal grupo no conceito de concepção admitido pela ordem jurídica³.

Neste sentido, indaga-se se bastaria a fusão dos dois gametas, masculino e feminino, acusando a presença de uma identidade genética humana única, para se determinar o momento do início da proteção sucessória

³ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida *post mortem*: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015 p. 236.

conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou se o *status* de nascituro somente poderia ser atribuído aos seres já concebidos e em desenvolvimento no útero materno, nos diversos estágios da gestação. Em relação ao nascituro, cumpre anotar que somente sucederá e terá direito à herança se nascer com vida, ou seja, haverá um estado de pendência da transmissão hereditária que ficará à espera do seu nascimento vivo.

A exceção ao princípio geral da coexistência hereditária é admitida na figura da filiação eventual, em que se reconhece o direito a suceder àquele que nem sequer fora concebido, encontrando-se em mero plano virtual, incerto e futuro. A filiação eventual diz respeito aos filhos que poderão vir a nascer, gerados por pessoas designadas pelo testador, existentes quando da sua morte, desde que observado o lapso temporal estipulado por lei.

Centra-se a questão na legitimidade sucessória, portanto, no fato de que as técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* permitem que a inseminação – a introdução do sêmen nos órgãos genitais da mulher com vistas a facilitar a fecundação – ou a transferência de embriões excedentários, fruto de fertilização extracorpórea previamente concretizada, podem ser realizadas após a abertura da sucessão. Inquire-se: é possível harmonizar a condição de filho póstumo e a de herdeiro⁴?

Por esta razão, na atual “desordem” jurídica que permeia as técnicas médicas de procriação artificial, já que, apesar de serem utilizadas há mais de três décadas (o primeiro bebê de proveta brasileiro nasceu em 1984), ainda não dispomos de lei específica sobre a matéria, o que tem sido causa de notória insegurança jurídica, propomos nesta pesquisa a construção de um conceito jurídico de concepção que inclua essas novas demandas da sociedade em transformação, visto que a norma jurídica deve ser resultante da realidade social.

Revela-se oportuna a lição de Ana Thereza Meirelles Araújo:

Muito se discute sobre a real existência de um papel do Direito, através de normas jurídicas, e mesmo, da Bioética, sob a forma de regras morais, na determinação do conceito sobre o início da vida. Entende-se, nesta pesquisa, que à ciência jurídica compete determinar, estritamente, o momento em que ela deve

⁴ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**, 2012, p. 169.

começar a ser protegida, bem como as formas com que esta proteção se dará⁵.

Não se olvide que, nesse processo de construção do paradigma jurídico sobre o momento da concepção, acham-se presentes grandes dificuldades traduzidas pela existência de distintas visões sobre a situação do embrião *in vitro*, que se antagonizam e que, muitas vezes, evidenciam a tradição e a cultura de cada povo, ou, ainda, de cada pessoa⁶. Não se pode negar, de antemão, que os embriões extracorpóreos são em si mesmos portadores de vida e detentores de carga genética própria, não podendo ser objeto de instrumentalização.

Com base no exposto, o problema do objeto/pesquisa é o que segue: de que forma a construção do conceito jurídico de concepção repercutirá na legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*? A fim de solucionar esse problema foram previstas duas hipóteses: se a construção do conceito jurídico de concepção repercutirá na legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*, então é necessário delimitar este momento em legislação específica, a fim de disciplinar a matéria e dirimir os conflitos sociais e jurídicos dela decorrentes; se a construção do conceito jurídico de concepção não repercutirá na legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*, então não é necessário delimitar este momento em legislação específica, porquanto a legislação brasileira vigente é suficiente para disciplinar a matéria e dirimir os conflitos sociais e jurídicos dela decorrentes.

Com vistas a atingir tal intento, esta pesquisa buscou analisar as consequências para o mundo jurídico e social da construção do conceito jurídico de concepção, visando delimitar as suas repercussões na legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Para tanto, no primeiro capítulo após esta introdução procuramos compreender a abrangência do direito constitucionalmente assegurado ao livre planejamento familiar, em seu aspecto negativo e, especialmente, no positivo, no que diz respeito ao direito de procriar, seja ele concretizado pelas vias naturais ou

⁵ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, p. 131.

⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, p. 124.

mediante auxílio médico-científico. Quanto à reprodução humana assistida, apesar de inexistir legislação específica tratando da matéria, buscamos conceituar, classificar e demarcar seus requisitos e limites, dando ênfase à procriação póstuma.

A partir desses referenciais, no capítulo seguinte passamos a examinar os reflexos da reprodução humana assistida no direito civil, com destaque para a análise da necessidade ou não de reformulação do conceito de nascituro, dos impactos das tecnologias reprodutivas no instituto da filiação e a sua repercussão quanto à atribuição dos direitos hereditários.

Por fim, no último capítulo antes da conclusão analisamos minuciosamente as possíveis repercussões da fecundação ou transferência de embriões *post mortem* no que tocante à legitimidade sucessória do filho assim gerado, o que nos fez concluir pela necessidade do estabelecimento de um conceito jurídico de concepção humana. Apesar de esta tarefa se revelar bastante árdua, mostra-se também instigante, pois envolve a construção de uma tese de direito material associada às técnicas de reprodução humana assistida, como forma de adequar o direito à nova realidade científica e sociocultural, fundamental à ordem jurídica justa, haja vista estar o assunto em evidência tanto no mundo teórico-acadêmico quanto, e principalmente, no meio prático, jurídico e social.

Com o escopo de se chegar ao resultado esperado, que reflita a temática abordada, a pesquisa será, quanto à natureza, básica, pois objetiva gerar conhecimentos novos e úteis para o avanço da ciência jurídica, envolvendo verdades e interesses universais a respeito da delimitação do momento da concepção na reprodução humana assistida *post mortem*. Quanto à abordagem do problema, será qualitativa, já que preocupada com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, a saber, a delimitação do momento da concepção para fins de determinação da existência de direitos sucessórios em razão das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*.

Com relação aos objetivos, a pesquisa será explicativa, uma vez que visa identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência do fenômeno da legitimidade sucessória em face das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*. Já sobre o procedimento técnico, a pesquisa

será bibliográfica, utilizando livros e artigos jurídicos publicados em meios convencionais e eletrônicos, além dos dispositivos legais em vigor e projetos de lei sobre a matéria em trâmite nas casas legislativas.

Quanto ao método de abordagem, a pesquisa será dialética, tendo em vista que o mundo é um conjunto de processos em que as coisas, que não existem isoladas, mas são parte de um todo que se condiciona reciprocamente, mudam ininterruptamente. Neste sentido, os avanços científicos acerca da procriação artificial trouxeram mudanças significativas na percepção sobre a concepção humana, o que acaba por gerar reflexos em diversos ramos do Direito, sendo dada ênfase ao direito sucessório na presente pesquisa. Por fim, a pesquisa será monográfica, porquanto pretende realizar um estudo aprofundado do tema escolhido e de todos os fatores que o influenciam, analisando todos os seus aspectos no direito das sucessões.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

2.1 O livre planejamento familiar e os direitos reprodutivos

Um dos desejos mais primitivos do homem é a procriação, modo pelo qual busca transcender a morte, mediante a sua continuidade na pessoa de seu filho⁷. Procriar, portanto, tem o significado de dar origem, gerar, reproduzir, multiplicar-se através da descendência.

Além de cumprir esse papel de perpetuar o indivíduo e a família a que ele pertence, representando a essência da realização do ser humano, presente em todos os tempos e em todos os povos⁸, o desejo de procriar também foi impulsionado por outros fatores que foram se transformando ao longo da história.

Entre os gregos, romanos e judeus antigos, a geração de filhos estava ligada ao interesse na manutenção do patrimônio e sobrenome familiar, bem como na realização dos ritos funerários. Nesse sentido, Itabaina de Oliveira afirma que o filho era considerado um continuador do “pater”, porquanto herdava os bens não como proprietário individual destes, mas “como administrador dos bens da coletividade familiar, como um simples continuador na gestão desses bens – *morte parentis com tinuator dominum*”⁹.

Arelado ao aspecto patrimonial estava o caráter religioso ligado à descendência, segundo o qual a felicidade dos pais mortos somente poderia ser alcançada por meio do culto que seus descendentes lhe prestassem após seu falecimento, razão para que houvesse sempre um descendente para lhes

⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: os direitos sucessórios do embrião humano**, 2007, p. 3.

⁸ STRAUBE, Kátia M. Repercussões psicossociais da reprodução assistida sobre a vida de casais inférteis. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JR., Edson, 2009, p. 110.

⁹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**, vol. 2, 1952, p. 126.

levar as oferendas ao túmulo¹⁰. Assim, nessas sociedades antigas, não poderia haver aquisição da propriedade sem o culto, nem este sem aquela¹¹.

Atualmente, a procriação se traduz na realização de um sonho consubstanciado num projeto pessoal e parental, compondo a construção da personalidade da pessoa humana e, por esse motivo, tomada sob a perspectiva de um direito juridicamente tutelado sob a denominação de livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988:

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

(...)

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

Para o estudo do planejamento familiar, faz-se imperiosa a compreensão do conceito de família, que foi profundamente modificado no processo de contínua transformação da sociedade, mas que, na atualidade, é entendido em um sentido democrático, livre de formas, fórmulas e funções estaticamente determinadas. A família passou a ser compreendida como um grupamento fundado no paradigma da afetividade, concebido como o espaço para a promoção da dignidade e desenvolvimento pleno de cada um de seus componentes. A partir desse novo modelo plural e aberto, as pessoas passaram a ter autonomia e liberdade para reger sua vida e realizar suas escolhas, inclusive quanto à formação da entidade familiar, o que inclui a presença ou não de filhos.

O planejamento familiar foi regulamentado através da Lei 9.263/1996, que o define como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, o que compreende as atividades de assistência à concepção e contracepção, o atendimento pré-natal, a

¹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**, 2005, p. 56/57.

¹¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**, vol. 1, 1952, p. 47.

assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, o controle das doenças sexualmente transmissíveis e o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis¹². O planejamento familiar, na precisa definição de Olga Krell, “abrange a idealização e constituição dessa família enquanto projeto parental”¹³.

Este livre planejamento comporta duas vertentes, uma negativa e outra positiva. Quanto à sua natureza negativa, consiste no direito de exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de qualquer ato que prejudique o projeto parental da pessoa ou do casal, não podendo haver qualquer tipo de controle público ou privado que vise induzir o comportamento social ou o sexual¹⁴.

Nessa linha de raciocínio, enfatiza-se que o livre planejamento familiar revela o direito à intimidade e à autodeterminação das pessoas, na medida em que promove a possibilidade de cada um, em sua esfera íntima, tomar livremente decisões sobre sua vida sexual e reprodutiva. É preciso, contudo, salientar que o exercício da autonomia privada não se configura em um poder absoluto e sem limites, pois “nenhuma pessoa age completamente livre ou com total autonomia”¹⁵.

Já em relação à sua natureza positiva, significa o direito às medidas e prestações do Poder Público no sentido de propiciar meios educacionais e científicos para o seu exercício, demandando políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva de todos os cidadãos. Assim, devem ser oferecidos “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”¹⁶.

Desta forma, nem o Estado, nem terceiros podem interferir indevidamente no planejamento familiar através de mecanismos coercitivos de cerceamento ou limitação da atividade reprodutiva do casal, admitindo-se tão somente a oferta de serviços de aconselhamento familiar, realizados por meio

¹² **Lei. 9.263/96**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm

¹³ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**, 2012, p. 107/108.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2014, p. 181.

¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**, 2005, p. 51.

¹⁶ **Art. 9º da Lei 9.263/96**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm

de instituições públicas ou privadas, submetidas ao Sistema Único de Saúde, conforme previsão contida na Lei 9.263/96¹⁷ e na Lei 9.029/95¹⁸.

É preciso observar, ainda, o planejamento da parentalidade através de dois eixos que não podem ser considerados isoladamente: o dos pais que planejam e o dos filhos que são gerados como fruto desse projeto¹⁹.

A partir do enfoque dos pais é tratada a questão dos direitos reprodutivos, que compreendem o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e uma vida sexual segura e satisfatória, através de meios para o controle da natalidade e para a procriação sem riscos à saúde²⁰.

O direito à saúde é consagrado pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito social, tido como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196)²¹. Para compreender a abrangência desse direito, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define que a saúde constitui “um estado de bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidades”²², o que inclui a saúde sexual e reprodutiva, que se manifesta como elemento essencial ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa humana.

A saúde reprodutiva, compreendida como esse estado de completo bem-estar concernente a todas as funções e processos do sistema reprodutivo

¹⁷ “Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Parágrafo único – O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando à promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva. Art. 5º – É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”. **Lei 9.263/96**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm

¹⁸ “Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: (...) II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; (...) b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS)”. **Lei 9.029/95**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm

¹⁹ SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade**, 2013, p. 45.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 2003, p. 238.

²¹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

²² **Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <http://www.who.int/en>

implica, por consequência lógica, a saúde sexual, definida de maneira ampla e completa pelo grupo internacional de mulheres, o HERA – Health, Empowerment, Rights and Accountability, como sendo

a habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem riscos de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação. A saúde sexual possibilita experimentar uma vida sexual informada, agradável e segura, baseada na autoestima, que implica uma abordagem positiva da sexualidade humana e o respeito mútuo nas relações sexuais. A saúde sexual valoriza a vida, as relações pessoais e a expressão da identidade própria da pessoa. Ela é enriquecedora, inclui o prazer e estimula a determinação pessoal, a comunicação e as relações²³.

Para além da proteção de seu aparelho reprodutivo, portanto, toda pessoa tem o direito de buscar o prazer, reconhecendo-se a prerrogativa de uma vida sexual gratificante, uma vez que a sexualidade não deve ser vista estritamente como uma necessidade biológica, senão como o direito a uma vida sexual saudável²⁴.

Anota ainda Pietro Perlingieri que o direito à procriação é uma das formas de concretização da proteção à saúde, sendo instrumento necessário para se assegurar o bem-estar físico e emocional do ser humano²⁵. A concretização do direito reprodutivo, portanto, preza pelo bem-estar que ultrapassa os aspectos físicos, assistindo, também, ao psicológico e social, pois “o ser humano não se constitui de um corpo físico, mas também possui sentimentos, emoções, é dotado de razão e, por consequência, depende do meio em que vive para o seu desenvolvimento”²⁶. Quanto a este ponto, os direitos reprodutivos devem ser analisados sob o ângulo da contracepção e da concepção.

A contracepção corresponde ao ato de evitar a gravidez, ou seja, uma interrupção voluntária da possibilidade de gerar filhos por meio do ato sexual, a infecundidade provocada pela utilização de medicamentos, procedimentos, dispositivos e comportamentos. Embora o homem e a mulher possam estar

²³ HERA, **Direitos sexuais e reprodutivos e saúde das mulheres: idéias para ação**, 1999. Disponível em: www.iwhc.org/hera

²⁴ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**, 2003, p. 9.

²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2002, p. 158.

²⁶ SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?**, 2015, p. 178/179.

vivendo uma relação afetiva estável e apresentem condições físicas e econômicas para ter e criar filhos, torna-se cada vez mais comum a opção de não procriar, na medida em que a geração da prole não constitui mais a causa determinante e o fim único do relacionamento conjugal.

Nos termos do que estabelece a legislação pertinente, o planejamento familiar é de livre decisão da mulher, do homem ou do casal, devendo ser exercido em igualdade de condições, motivo pelo qual “a responsabilidade da contracepção deve ser compartilhada por ambos, pois a eles compete a atitude pró-escolha quanto às consequências das relações sexuais”²⁷. Cabe à mulher e ao homem planejar sua família e decidir se desejam ou não ter filhos, com quem, quando tê-los, a quantidade e o espaçamento entre eles. A parentalidade enquanto projeto impõe que o filho tenha o direito de ser desejado antes de ser concebido, ou seja, o filho deve deixar de ser um ato impensado para se tornar uma ação planejada.

A liberdade de não procriar, portanto, é legítima quando assentada na vontade da pessoa ou do casal, mas pode vir a ter impossibilitada a sua concretização por causas alheias à autonomia reprodutiva. Por esse motivo, Ivone M. Candido Coelho de Souza ensina que o planejamento familiar é inseparável do respeito e da observação das opções particulares, em que as pessoas elegem seus padrões de reprodução, pretendendo que a própria família decida acerca da descendência, embora nem sempre as condições estejam à disposição²⁸. O planejamento familiar fica, assim, vulnerado, razão pela qual devem ser disponibilizados meios para que este direito constitucionalmente reconhecido possa vir a ser materializado.

Nesse sentido, alerta Ana Cláudia Ferraz:

Se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar naturalmente, a também formarem uma família. Nessa linha, o direito a constituir uma família inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente²⁹.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2014, p. 178.

²⁸ SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Parentalidade, dilemas singulares, dilemas coletivos: planejar o controle ou controlar o planejamento? In: **Parentalidade: análise psicojurídica**. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de (coord.), 2009, p. 27.

²⁹ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**, 2011, p. 82.

Em posição minoritária na doutrina, negando a existência do direito à procriação acha-se Eduardo de Oliveira Leite, para quem esse direito invocado constitui apenas “uma faculdade, ou melhor, uma liberdade”, em razão de que “não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um”³⁰.

Ousamos, contudo, discordar do ilustre doutrinador, pois entendemos que não há como não se reconhecer e, conseqüentemente, buscar assegurar o legítimo direito à filiação, ainda que garantido por meio do recurso às técnicas de reprodução assistida, desde que sejam sempre respeitados os interesses do filho como pessoa em desenvolvimento, já que a parentalidade não pode se converter apenas num projeto de satisfação pessoal. Nesse sentido, preciosa a lição de Olga Krell, para quem “o direito ao planejamento familiar não representa apenas o direito fundamental à reprodução, mas, além disso, impõe a responsabilidade no campo das relações de parentalidade e filiação”³¹.

Mais do que simplesmente a efetivação de um desejo, os pais devem estar conscientes da condição de que a liberdade da decisão de ter filhos acompanha a responsabilidade para com a prole, cujo projeto parental deve ser para a vida toda e não se restringe apenas ao nascimento da criança. A procriação, além de simplesmente transmitir a vida geração a geração, deve compreender a responsabilidade para com a criação de um novo ser humano desde a fecundação até o nascimento, estendendo-se, até mesmo, ao seu pleno crescimento³².

Nesse sentido, aduz Paulo Lôbo:

A paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir³³.

³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 356.

³¹ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**, 2012, p. 106.

³² RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: **Problemas da família no direito**. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos, 2012, p. 184.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: **Tratado de direito das famílias**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.), 2016, p. 126.

Assim é que ao direito individual que é assegurado ao homem e à mulher para exercer a sua sexualidade e optar pela paternidade/maternidade contrapõem-se as responsabilidades individual e social que advêm da condição jurídica de pai e mãe, o que visa proteger o filho de ser transformado em mero “projeto de consumo”³⁴. A criança a ser gerada deve ser sempre considerada um sujeito de direitos e não ser simplesmente coisificada, instrumentalizada.

O direito à reprodução deve, por conseguinte, caminhar lado a lado com o dever de proporcionar o bem-estar ao ser humano gerado³⁵, no sentido de que a liberdade ao pleno exercício do planejamento familiar deve ser exercida conjuntamente e com ênfase no direito dos demais membros da família, estando sempre conjugada aos limites postos pelo princípio da dignidade da pessoa humana que será gerada e pelo princípio do melhor interesse da criança.

Na sempre atual definição de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é a

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos³⁶.

A dignidade da pessoa humana deve ser encarada como a necessidade de se reconhecer no ser humano um valor inerente, um valor reconhecido pelo simples fato de ser um ser humano, fazendo com que não seja passível de avaliação econômica. A dignidade, assim, acaba por proteger a pessoa para que ela não se transforme num objeto utilizado para atingir determinado fim.

A transformação da família e, por conseguinte, do papel dos filhos dentro daquela entidade, fez com que estes deixassem de ser meros objetos

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. VI**, 2017, p. 11.

³⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. **Grandes temas de direito de família e das sucessões**, vol. 2, 2014, p. 38.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2009, p. 69.

de disputa para se encontrarem no centro dos interesses familiares, tendo, a partir dessa perspectiva, seus interesses juridicamente tutelados com prioridade. Nesse sentido, a relação de direitos e deveres entre pais e filhos foi profundamente alterada, destacando Paulo Lôbo que “o pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar (*rectius* autoridade parental) existe em função e no interesse do filho”³⁷.

A família, então, passa a ser o local de realização existencial de cada um de seus integrantes e de afirmação e reconhecimento de sua dignidade, especialmente a dos filhos. Por esse motivo, o reconhecimento da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana aos direitos reprodutivos impõe que estes não sejam utilizados para satisfazer primordial ou exclusivamente os interesses dos genitores, sob pena de ocorrer um verdadeiro desvio de finalidade.

Esta garantia de proteção integral e prioritária da criança leva em consideração a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme estabelece o art. 6º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³⁸. É preciso que se destaque que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente foi formulado com a finalidade de instituir uma prioridade e não a exclusão de outros direitos ou interesses, fazendo com que o interesse dos pais ou do Estado não seja considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos do filho³⁹. Seu fundamento essencial se encontra no art. 227 da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como

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 opressão⁴⁰.

Quanto ao planejamento familiar, é preciso ainda observar a chamada paternidade responsável, que impõe aos pais o dever de compreender e

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: **Tratado de direito das famílias**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.), 2016, p. 125.

³⁸ **Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

³⁹ BRUÑOL, Miguel Cillero *apud* LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**, 2017, p. 74.

⁴⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

assumir a responsabilidade de suas funções dentro da família, para que seus filhos cresçam num ambiente sadio e equilibrado⁴¹. A paternidade responsável impõe uma decisão e reflexão ponderada da pessoa ou casal acerca da oportunidade de ampliar a família, de espaçar ou obstar a transmissão da vida, segundo o bem pessoal de todos os envolvidos.

A consciência na tomada de decisões quanto ao projeto parental é indispensável para que as consequências sejam coerentes com as expectativas, pois a liberdade deve estar sempre associada à responsabilidade. Adverte Pereira que, embora a expressão seja utilizada no masculino, ela é

utilizada no sentido do “masculino genérico”, compreendendo a responsabilidade dos genitores em iguais condições; se fosse atribuída a responsabilidade pelo planejamento familiar somente ao homem, estaríamos contrariando o princípio da igualdade entre o homem e a mulher, presente em vários momentos no texto constitucional⁴².

Essa responsabilidade na esfera da vida reprodutiva impõe a participação igualitária de homens e mulheres em todas as áreas da família, na qual se inclui o cuidado e a criação dos filhos, embora ainda se perceba nas sociedades contemporâneas o padecimento de sobrecarga das mulheres quanto a esse dever⁴³.

Ainda como tradução dessa paternidade responsável é imperiosa a observação do direito-dever à convivência familiar, representado pela relação afetiva duradoura entrelaçada pelas pessoas que compõem o grupo familiar⁴⁴. O direito à convivência familiar é reconhecido constitucionalmente (art. 227⁴⁵) e assegurado, no plano infraconstitucional, pelo art. 19 do Estatuto da Criança e

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2014, p. 179-180.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. VI**, 2017, p. 11.

⁴³ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 87.

⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e os princípios constitucionais. In: **Tratado de direito das famílias**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.), 2016, p. 123.

⁴⁵ “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”. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

do Adolescente⁴⁶, que, abandonando o antigo paradigma de que a família tinha total poder dominador sobre a criança, representa o direito de toda criança conviver em um ambiente familiar, sendo criada e educada, respeitando sua fase de desenvolvimento, priorizando-se a sua manutenção em sua família natural e, somente em situações excepcionais, sendo permitida a sua colocação em família substituta.

É através da convivência familiar que se garante o cumprimento de outros direitos constitucionais, tal como o direito à vida e à saúde, direito à alimentação, direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, e direito à profissionalização e à proteção do trabalho.

Diante do exposto, o livre planejamento familiar é considerado um direito fundamental garantido a todos, mas que não é absoluto e, portanto, deve ser exercido sob certos limites. Tendo em vista que a autonomia familiar se desdobra no direito de gerar filhos, será abordado no tópico seguinte o tema da reprodução humana com mais profundidade, inclusive quanto aos impactos que as novas tecnologias trouxeram à temática, com especial destaque para o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida.

2.2 Os impactos da biotecnologia na reprodução humana

⁴⁶ “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. § 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. § 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. § 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do **caput** do art. 101 e dos incisos I a IV do **caput** do art. 129 desta Lei. § 4º Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial. § 5º Será garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional. § 6º A mãe adolescente será assistida por equipe especializada multidisciplinar”. **Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm

Até o século passado, a reprodução tinha origem exclusivamente no contato sexual entre o homem e a mulher em idade fértil, do qual resultava a concepção do embrião, que se desenvolvia naturalmente dentro do organismo feminino, e o posterior nascimento do filho. Com o advento do microscópio, em 1677, foi descoberta a existência das células sexuais, inicialmente dos espermatozoides e, posteriormente, dos óvulos, modificando-se a compreensão acerca do processo procriativo⁴⁷, o que provocou significativas transformações na própria compreensão do homem em si.

As primeiras descobertas na área da saúde reprodutiva gravitaram em torno da contracepção, vindo a assegurar o exercício da sexualidade sem a geração de prole, e só depois se voltaram a garantir a reprodução, mesmo quando não houver o exercício da sexualidade⁴⁸.

Essa ideia da reprodução humana despida de relação sexual não é recente, estando presente em diversas manifestações, de diferentes povos, ao longo da história. Várias passagens mitológicas são encontradas: na Grécia, onde Ates, filho de Nana, esta filha do rei Sangário, teria colhido uma amêndoa e colocado em seu ventre; passando pela China, em que a deusa Kwayin possibilitava a fecundidade das mulheres que prestassem culto; pelo Japão da deusa Vanijin, que fazia com que as mulheres que se dirigiam sozinhas a seu templo retornassem grávidas; e até mesmo no Brasil, onde é conhecida a lenda amazônica do boto que engravida as mulheres que lhe dirigem o olhar. Para além da mitologia, na própria Bíblia Sagrada encontra-se a descrição da anunciação, pelo anjo Gabriel, da concepção de Jesus por Maria, que fora envolvida pela sombra do Espírito Santo, dando à luz uma criança, mesmo sendo virgem⁴⁹.

Outra constatação histórica diz respeito ao fato de que a existência dos filhos sempre foi vista como uma graça divina⁵⁰, sendo a questão acerca da

⁴⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 36/37.

⁴⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**, 2002, pg. 50.

⁴⁹ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: Aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**, 2014, p. 37/38.

⁵⁰ Conforme o Salmo 127:3-5: "Herança do Senhor são os filhos; o fruto do ventre, seu galardão. Como flechas na mão do guerreiro, assim os filhos da mocidade. Feliz o homem que enche deles a sua aljava; não será envergonhado, quando pleitear com os inimigos à porta".
Bíblia Sagrada. Disponível em:

fecundidade reiteradamente objeto de profunda preocupação, e sua ausência motivo de degradação no grupo familiar e social⁵¹. A infertilidade/esterilidade, entendida como o fracasso em gerar uma criança, era encarada como uma punição em resposta a algum mal causado ou como uma maldição.

Por essa razão, ao longo da história, várias foram as tentativas de soluções alternativas à ausência de prole. Assim, por exemplo, diante da infertilidade/esterilidade da mulher, era permitida a sua substituição após um determinado tempo do casamento ou lhe era imposta a obrigação de consentir que seu marido mantivesse relações sexuais com outra mulher, geralmente uma escrava, para que depois aquela viesse a acolher o fruto dessa relação como seu filho.

Já quando a infertilidade/esterilidade fosse do marido, seu irmão ficava incumbido da missão de lhe conseguir um filho, coabitando com sua mulher, que era obrigada a entregar-se ao cunhado e impedida de se divorciar⁵². As legislações antigas previam, ainda, “o casamento da viúva, quando esta não tivesse tido filhos do marido – com o parente mais próximo do mesmo, vindo a ser o filho gerado desse segundo matrimônio, considerado filho do defunto”⁵³.

Mesmo diante dessas duas últimas previsões legais, a ideia de ausência de fecundidade masculina era praticamente inadmissível, tendo sempre ficado a cargo da mulher a responsabilidade pela concepção, assim como pela anticoncepção, “pois a ela caberia receber a semente do homem e procriar”⁵⁴. Esse pensamento só veio a ser afastado a partir de 1677, quando Johann Ham afirmou que a esterilidade também podia ocorrer por falta ou escassez de espermatozoides⁵⁵. Em que pese essa descoberta datar do final do século XVII, segundo Helena Figueiredo, somente no início dos anos quarenta do século passado houve a primeira desmistificação sobre sexualidade e reprodução, surgida

https://www.lds.org/bc/content/shared/content/portuguese/pdf/language-materials/83800_por.pdf

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 17.

⁵² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 54/56.

⁵³ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**, 2001 p. 11.

⁵⁴ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. Reprodução assistida. In: **Iniciação à Bioética**. COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (org.), 1998, p. 114.

⁵⁵ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: Aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**, 2014, p. 39/40.

com a compreensão universal (particularmente do Ocidente) de que a infertilidade/esterilidade não é só feminina, mas também masculina, e de que a falência da reprodução não é “pecado” nem “vergonha”, mas tem de ser encarada como deficiência biológica enquadrável no âmbito dos problemas de saúde⁵⁶.

Assim, a procriação natural, entendida como aquela que decorre do coito, estando ausente qualquer tipo de intervenção externa no que diz respeito à fecundação do óvulo pelo espermatozoide, sendo o produto da concepção uma consequência exclusivamente da relação sexual, depende da fertilidade humana, ou seja, “da capacidade fisiológica de o ser humano reproduzir-se”⁵⁷, cuja significação oposta nos remete à ideia de infertilidade e esterilidade.

As expressões infertilidade e esterilidade, muitas vezes usadas indistintamente, não são sinônimas. Ambas são consideradas um problema fisiológico ou psicológico que impede temporária ou permanentemente a procriação, mas apresentam particularidades que as diferenciam. Enquanto a esterilidade está ligada à impossibilidade de ocorrer a fecundação, na infertilidade dá-se a fecundação, mas há ausência de viabilidade do produto da concepção após certo estágio do desenvolvimento⁵⁸. Em outras palavras, a esterilidade é a incapacidade para conceber, e a infertilidade é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo a infecundidade considerada a partir do momento em que uma pessoa ou casal não logra êxito em procriar por um período de, no mínimo, dois anos, sem o uso de meios contraceptivos eficazes e com vida sexual ativa.

É preciso destacar que a pessoa que não dispõe de suas funções reprodutivas em perfeito estado não pode ser considerada uma pessoa saudável, já que a infertilidade e a esterilidade estão listadas na classificação internacional de doenças da Organização Mundial da Saúde⁵⁹. A ausência de fecundidade “resulta em um mal-estar, fonte de sofrimento e dissabores como frustração, culpa, inferioridade, pois significa ser portador de um estigma que

⁵⁶ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. **A procriação medicamente assistida e as futuras gerações**, 2005, p. 63.

⁵⁷ BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**, 2010, p. 37.

⁵⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**, 2012, p. 20.

⁵⁹ **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/pdfs/cid10_ultimaversaodisponivel_2012.pdf

marca e discrimina quem se desvia dessa ordem social estabelecida”⁶⁰, estando o exercício da maternidade e da paternidade, por outro lado, intimamente relacionado com a ideia de felicidade e êxito pessoal.

A infertilidade e a esterilidade podem ter origem em causas femininas, masculinas ou mistas, sem causa aparente ou de origem desconhecida⁶¹, sendo imprescindível ao especialista avaliar as interações potenciais de fatores individuais, genéticos e psicossociais. Estima-se que a infecundidade afeta de 10% a 15% dos casais, sendo 40% dos casos associados à mulher, 40% ao homem e, em 20%, a problemas do casal ou de causa ignorada⁶².

Por muito tempo, a infertilidade e a esterilidade eram passíveis de ser contornadas apenas pela adoção, uma vez que esta permitia satisfazer o desejo de ter filhos ao atribuir para a pessoa ou o casal a responsabilidade pelo desenvolvimento de uma criança que com eles não possuía nenhum liame biológico. Na adoção, a genitorialidade é colocada em segundo plano e, justamente por esse motivo, as pessoas nem sempre se satisfaziam com a ideia de ter um filho que não representasse a sua “história familiar”.

Sobre a importância da identidade genética do filho com os pais, explica Lincoln Frias:

No mundo em que vivemos, a relação biológica entre pais e filhos é tão importante que casais com problema de fertilidade gastam fortunas, têm um grande envolvimento emocional e até mesmo passam por sofrimento para que possam ter um filho que seja uma combinação biológica deles mesmos. E essa relação é tão forte que o conjunto do material genético de cada pessoa é chamado de “patrimônio” genético, em analogia com a riqueza material que os pais deixam para os filhos⁶³.

A busca por essa identidade genética, ainda que parcial, para pessoas ou casais com problemas de fecundidade, somente se tornou possível com o advento da biotecnologia, que, segundo a Convenção sobre Diversidade Biológica, convertida para o direito brasileiro por meio do Decreto-Legislativo

⁶⁰ STRAUBE, Kátia M. Repercussões psicossociais da reprodução assistida sobre a vida de casais inférteis. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Lilianna; BORGES JR., Edson, 2009, p. 110.

⁶¹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**, 2012, p. 24.

⁶² QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 57.

⁶³ FRIAS, Lincoln. **A ética no uso e da seleção de embriões**, 2012, p. 112.

2/1994, é definida como “qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”⁶⁴.

Segundo Maria Rosineide da Silva Costa, a palavra biotecnologia “é composta da fusão das palavras gregas *bios*, que significa vida, com a palavra tecnologia, que significa estudo das ferramentas”⁶⁵. Em outras palavras, é a tecnologia baseada na biologia, que engloba as diferentes técnicas de utilização dos seres vivos em processos de produção, nas quais se incluem as inovações e incrementos na área da reprodução humana. Este ramo é especializado na utilização de técnicas e procedimentos médico-científicos que interferem no processo de fertilidade humana, visando impedir a sua ocorrência (contraceptivas) ou promovendo-a (conceptivas).

Os estudos médicos e científicos na área reprodutiva avançaram tão significativamente que, no início do século XX, o homem acabou por conseguir quase o total domínio sobre as técnicas procriativas, primeiramente ao desenvolver técnicas para congelar e preservar o material genético fora do organismo e, posteriormente, ao manipular *in vitro* estas células sexuais humanas⁶⁶, embora os resultados ainda não possam garantir a concretização do desejo de ter um filho. Por esta razão, Eduardo de Oliveira Leite afirma:

A liberdade da contracepção, tão natural neste final de século, revelou uma faceta inimaginável ao casal moderno: ela não confere igualmente a possibilidade de procriar. A concepção, o poder de fecundar, apesar de todas as conquistas científicas, guarda segredos e permanece um mecanismo complexo. Se hoje dispomos do poder de inibi-la completamente, não dispomos, na mesma proporção, da capacidade de conduzi-la a termo em cada tentativa⁶⁷.

Cumprе destacar o significativo avanço nos índices de procedimentos exitosos obtidos nos centros de reprodução assistida brasileiros que, segundo dados do 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões –

⁶⁴ **Decreto Legislativo 2/1994 (Convenção sobre a diversidade biológica)**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>

⁶⁵ COSTA, Maria Rosineide da Silva. **A concepção interpretativa de Ronald Dworkin. Abordagem pré-positivista sobre a tutela jurídica do embrião humano extracorpóreo**, 2013, p. 93.

⁶⁶ MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: os direitos sucessórios do embrião humano**, 2007, p. 84.

⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 22.

SisEmbryo, apresenta uma taxa de fertilização média de 76%. Essa taxa de fertilização representa o número de oócitos fecundados (com formação de dois pronúcleos) em relação ao número de oócitos inseminados, expressos em porcentagem⁶⁸. O relatório não indica o índice de nascimentos, mas consta de um trabalho apresentado no Congresso da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva de 2016 que esta taxa varia de 51% a 66% quando usadas as tecnologias mais inovadoras, um grande progresso em comparação aos 30% obtidos há menos de duas décadas atrás. O trabalho alerta, contudo, que não se deve medir o sucesso da reprodução assistida apenas pela porcentagem de nascimentos, mas também pela diminuição de gestações múltiplas, que caiu para menos de 30% quando, no passado, o número de fertilizações *in vitro* bem-sucedidas que resultavam em, ao menos, dois bebês chegava aos 50%⁶⁹.

A evolução das tecnologias reprodutivas, todavia, implica o aumento de conflitos decorrentes de seu emprego, pois a reprodução deixa de ser um assunto íntimo entre o pai e a mãe, para envolver também a sociedade. Sobre esse aspecto, ensina Mário Antônio Sanches:

O local da decisão sobre ter ou não ter filhos era o lar; a efetivação desse desejo ou as tentativas de sua realização se dava no leito conjugal; o encontro dos gametas fecundantes ocorria ao abrigo da luz e em momento desconhecido. Assim, a parentalidade constituía um processo natural, privado e indefinido. O surgimento de novas tecnologias de reprodução humana transforma essa realidade (...). Agora o local da decisão sobre ter ou não ter filhos passa a ser a clínica; a efetivação desse desejo ou as tentativas de sua realização iniciam-se no consultório; e o encontro dos gametas fecundantes ocorre às claras, monitorado no laboratório (...). Constitui um processo artificial, profissional e bem definido: sai da esfera privada e coloca em cena uma grande quantidade de profissionais – médicos, enfermeiros, bioquímicos, embriólogos, psicólogos⁷⁰.

A fim de suplantar as dificuldades ou mesmo a impossibilidade da concretização da procriação pela via da conjunção carnal foram desenvolvidas

⁶⁸ **10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbryo/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>

⁶⁹ Ruprecht, Theo. **Fertilização *in vitro*: as taxas de sucesso subiram muito (14/12/2016).** Disponível em: <https://saude.abril.com.br/familia/fertilizacao-in-vitro-as-taxas-de-sucesso-subiram-muito/>

⁷⁰ SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade**, 2013, p. 7/8.

as técnicas de reprodução humana assistida, consistentes num conjunto de procedimentos médico-científicos que visam unir as células sexuais, a partir da sua manipulação laboratorial, substituindo ou facilitando alguma etapa imperfeita ao longo do processo reprodutivo.

Nesse sentido, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que traz as normas de ordem deontológica a serem seguidas pelos médicos na utilização destas técnicas, prescreve que estas “têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”⁷¹. A procriação medicamente assistida apresenta-se, assim, como uma resposta médico-científica ao desejo de ter filhos impedido de ser consumado por aquelas pessoas ou casais que convivem com o problema da infertilidade ou da esterilidade.

Maria Helena Diniz conceitua a reprodução humana assistida como o “conjunto de técnicas de operações para unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino”⁷². Fala-se em procriação “artificial” quando a geração de filhos não se efetiva “naturalmente”, sendo necessária a substituição do caminho da relação sexual por métodos cirúrgicos, hormonais e biológicos. Alguns autores criticam a utilização da qualificação “artificial” em relação à reprodução humana, no sentido de que esta não se efetivará por meio de métodos puramente artificiais, razão pela qual aduz Guilherme de Oliveira que:

os momentos biológicos essenciais do processo reprodutivo permanecem tão naturais como sempre – não há uma fusão de gametas “artificial” nem uma gestação “artificial”. E nunca se viu um embrião “artificial”, um feto ou um filho que não fossem absolutamente naturais. Mesmo na fertilização *in vitro* o que se dá é uma transferência do processo natural de um sítio para o outro⁷³.

As técnicas de reprodução assistida, portanto, são baseadas na fertilização e não na substituição da reprodução sexual, pois, não obstante a ausência de conjunção carnal, há a combinação das células sexuais femininas e masculinas. Logo, o uso do termo “artificial” somente se justifica em relação

⁷¹ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

⁷² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2014, p. 679.

⁷³ OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Legislar sobre procriação assistida. In: **Revista de legislação e jurisprudência**, nº 3.840/2, 1994, p. 74.

ao meio de se obter a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, uma vez que todo o seu sucessivo desenvolvimento transcorre naturalmente.

Apesar de sua grande difusão e desenvolvimento na atualidade, a utilização de técnicas auxiliares visando à procriação não é assunto recente. Desde a Idade Média há relatos da ocorrência de procedimentos de reprodução humana assistida, divergindo a doutrina acerca do primeiro caso de inseminação artificial. Eduardo de O. Leite afirma que ocorreu quando Arnaud de Villeneuve, médico que tratava de reis e papas da época, teria obtido sucesso na inseminação artificial com o esperma do marido na esposa de Henrique IV de Castela⁷⁴, enquanto Cristiano Colombo assevera que esta se deu em 1785, quando Thouret utilizou-se de uma injeção intravaginal de seu esperma para a concepção de sua esposa, reputada como estéril⁷⁵. Ambos, no entanto, entram em consenso sobre a primeira inseminação heteróloga, que teria sido feita por Pancoast, um ginecologista americano, que, em 1884, na Pensilvânia, utilizou como doador um estudante selecionado por ser o melhor do seu curso.

Quanto à fertilização extracorpórea, o primeiro caso de êxito da técnica se deu em 1978, na cidade de Manchester, Inglaterra, quando o óvulo de Lesley Brown, estéril em razão da obstrução das trompas de Falópio, foi extraído e fecundado em tubo de ensaio com o sêmen de seu marido, John Brown. O embrião assim obtido foi implantado no útero de Lesley, onde se desenvolveu para que, ao final da gestação, nascesse a pequena Louise Brown⁷⁶.

Nota-se, portanto, que a reprodução humana assistida não é uma realidade recente; mesmo assim, não há no Brasil norma jurídica alguma que regulamente a matéria, apesar da propositura de inúmeros projetos de lei⁷⁷ que, desde o ano de 1993, buscam estabelecer parâmetros legais sobre o auxílio médico-científico à procriação humana. Toda a orientação formal

⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 31.

⁷⁵ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**, 2012, p. 121.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2014, p. 700.

⁷⁷ PL 3.638/93; PL 2.855/1997; PL 90/99 (PL 1.184/2003); PL 4.664/2001; PL 4.665/2001; PL 6.296/2002; PL 6.960/2002; PL 120/2003; PL 1.135/2003; PL 1.184/2003; PL 2.061/2003; PL 3.055/2004; PL 4.555/2004; PL 4.686/2004; PL 4.889/2005; PL 5.624/2005; PL 6.150/2005; PL 3.067/2008; PL 7.701/2010; PL 3.977/2012; PL 4.892/2012; PL 115/2015; PL 7.591/2017.

disponível provém das Resoluções do Conselho Federal de Medicina⁷⁸, que fornecem orientação deontológica aos profissionais da saúde responsáveis pelas clínicas e procedimentos de reprodução assistida; da Lei 11.105/2005⁷⁹, que disciplina a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia; da Portaria 2.048/2009 do Ministério da Saúde⁸⁰, que regulamenta o Sistema Único de Saúde e nos artigos 305 a 310 do Anexo trata da Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida no âmbito do SUS; da Resolução 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA⁸¹, que disciplina o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos; e do Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça⁸², que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

É imperioso ressaltar que as tecnologias reprodutivas não tratam a infertilidade e a esterilidade, apenas a compensam, já que a doença permanece mesmo após o nascimento do filho. Nesse sentido, anota Sandra Marques Magalhães:

De fato, com a inseminação artificial ou fertilização *in vitro* não se corrige eventual disfunção reprodutiva de uma pessoa ou casal; em verdade, proporciona-se a possibilidade – sem garantia de êxito – de procriar com os próprios gametas, com gametas de um dador e até com o recurso à gestação por uma mãe de substituição⁸³.

Em que pese esta constatação de que a reprodução humana assistida não pode ser considerada uma terapia física, inconcebível que não seja aceita como terapia emocional⁸⁴, visto que a infertilidade e a esterilidade se qualificam

⁷⁸ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

⁷⁹ **Lei 11.105/2005 (Biossegurança).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm

⁸⁰ **Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde.** Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/anexo_prt2048_03_09_2009.pdf

⁸¹ **Resolução nº 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514

⁸² **Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf

⁸³ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem**, 2010, p. 30.

⁸⁴ FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**, 2000, p. 59.

como sendo um problema de ordem física (orgânico) ou psicológico (mental)⁸⁵, e a sua suplantação é de reconhecida importância para o pleno bem-estar da pessoa afetada.

Não se esqueça, contudo, que a reprodução assistida ainda possui outra finalidade: evitar o risco de transmissão de doenças hereditárias, infectocontagiosas ou de outra origem. Neste caso, não se exige que os futuros pais ou qualquer deles seja estéril ou infértil, adotando-se a medida pelo fato de, ao menos um deles, ser portador de doença hereditária que poderá ser repassada aos descendentes ou de infecções transmissíveis, buscando preservar, assim, a saúde da gestante e/ou do futuro filho.

Levando em consideração o local onde ocorre a fecundação das células sexuais, as técnicas de reprodução humana assistida classificam-se em dois grupos. Sob um primeiro ângulo, a fecundação pode se dar *in vivo*, quando a junção das células sexuais acontece dentro do próprio corpo feminino. Neste caso, o gameta (masculino, em se tratando de inseminação artificial, ou do feminino e masculino, em se tratando de maternidade por substituição) é introduzido no corpo da mulher que irá gestar a criança, aguardando-se que os processos naturais concretizem a fecundação, não havendo nenhum tipo de manipulação externa do óvulo (célula sexual feminina) ou embrião (estrutura originária de fertilização de um óvulo por um espermatozoide).

A técnica de fecundação *in vivo* que nos interessa para esta pesquisa é a inseminação artificial, na qual o espermatozoide masculino é introduzido diretamente no útero feminino, no período em que o óvulo está maduro para fecundação, por meio de procedimento laboratorial. Segundo Eduardo de Oliveira Leite, “a palavra ‘inseminação’ tem origem na expressão ‘*inseminare*’, de ‘*in*’ (que significa, dentro) e ‘*semen*’ (que quer dizer, semente)”, consistindo, pois, no depósito do espermatozoide no útero feminino⁸⁶. Como a fecundação é intracorpórea, a inseminação tem por finalidade apenas facilitar o encontro dos gametas feminino e masculino, motivo por que não se garante a fecundação, pois pode não ocorrer a fusão do óvulo e do espermatozoide dentro do organismo da mulher.

⁸⁵ FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**, 2000, p. 59.

⁸⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 38.

O procedimento desta técnica consiste na prévia coleta do sêmen, através de masturbação em laboratório. O material colhido será colocado em um recipiente plástico devidamente esterilizado. O esperma passa, então, por uma série de avaliações e exames a fim de detectar e evitar a transmissão de doenças de origem genética ou infecciosa, bem como com vistas a selecionar os melhores espermatozoides. Por essa razão, o material preparado, em regra, é criopreservado em azoto líquido a uma temperatura de $-196\text{ }^{\circ}\text{C}$ ⁸⁷, vindo a ser posteriormente descongelado e implantado no organismo feminino por meio de instrumento cirúrgico (cateter ou cânula).

De outro norte, a fecundação é denominada *in vitro* quando a manipulação dos gametas ocorrer fora do organismo feminino, na qual o óvulo e o espermatozoide são unidos numa placa de cultura ou tubo de ensaio, motivo por que as crianças geradas a partir dessa técnica são chamadas “bebês de proveta”.

Na técnica da fertilização *in vitro*, que nos interessa para os fins desta pesquisa, as células sexuais feminina e masculina são previamente colhidas, selecionadas e manipuladas. Neste procedimento, portanto, a fecundação e a formação do ovo se dão extracorporalmente, havendo monitoramento de seu desenvolvimento para que somente venham a ser transferidos ao útero materno os embriões quando já iniciada a sua reprodução celular⁸⁸. Esta técnica visa reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de Falópio, local onde naturalmente ocorre a fecundação e tem início a clivagem (divisão celular), para que, então, o embrião seja transferido ao útero de uma mulher.

Embora a inseminação artificial possa ser realizada em ciclo natural, é ideal promover, como se faz na fertilização *in vitro*, a estimulação ovariana da mulher, por meio da ingestão de medicamentos hormonais, com a finalidade de melhorar a qualidade e aumentar o número de óvulos a serem coletados por ciclo de seu período fértil, otimizando o procedimento de reprodução assistida.

Na inseminação, contudo, a indução ovular é feita de modo suave, a fim de se evitar o desenvolvimento de um número excessivo de folículos. Quando detectado um número superior ao permitido, o ciclo deve ser cancelado ou a

⁸⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 36/37.

⁸⁸ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: Aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**, 2014, p. 31.

mulher deve ser encaminhada à fertilização *in vitro*, a fim de se evitar os riscos de gravidez múltipla de alta ordem (acima de três fetos), considerada inadmissível⁸⁹. Em contrapartida, na fertilização *in vitro*, a superovulação é realizada visando à obtenção do maior número de folículos possíveis, sendo produzidos, em média, 15 (quinze) embriões⁹⁰. Neste procedimento, após a indução, deverá ocorrer a aspiração folicular para a retirada dos óvulos do organismo feminino, sua separação, seleção e preparação em meio de cultura em que estão presentes os nutrientes necessários à sua maturação.

Considerando que nem todos os óvulos colhidos poderão ser fecundados, que nem todos os fecundados irão se desenvolver e se tornarão embriões, e que nem todos os embriões estarão aptos a ser implantados e darão origem a uma gravidez, faz-se necessária a fecundação e a transferência de mais de um embrião. Em contraponto, devido à possibilidade de gravidez múltipla, ocorre limitação ao número de embriões fecundados que poderão ser transferidos para o útero por tentativa de fertilização, que, segundo a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, dependerá da idade da receptora⁹¹. Logo, havendo óvulos ou embriões sobressalentes àquele limite, será necessário o seu armazenamento para, se for o caso, uma tentativa futura.

É possível, contudo, que o procedimento de inseminação ou de transferência embrionária seja um sucesso, culminando numa situação de gravidez múltipla, em que ocorre a formação de mais de um feto simultaneamente. Essa situação, também denominada gravidez gemelar, pode ser originada pela divisão de um único óvulo fecundado (monozigótica) ou pelo desenvolvimento de dois ou mais óvulos distintos – a depender da quantidade que fora implantada – que foram fecundados por dois espermatozoides de

⁸⁹ CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade – reprodução assistida. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson (e cols.), 2009, p. 9.

⁹⁰ ALMEIRA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p. 1.324.

⁹¹ “I – PRINCÍPIOS GERAIS. (...) 7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro”. **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

modo separado⁹². Neste caso, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina proíbe a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária, que consiste na “eliminação seletiva de embriões no contexto de uma gestação múltipla”⁹³, visto que configuram intervenção de natureza manifestamente abortiva.

Outra classificação das técnicas utilizadas na reprodução humana assistida leva em consideração a origem do material biológico feminino e masculino. A reprodução humana assistida, nesta hipótese, poderá ser homóloga ou heteróloga. Cabe uma observação quanto a esses termos, que, segundo Javier Gafo Fernández, não seriam os mais corretos, uma vez que em outras áreas médicas tais nomenclaturas “fazem referência ao que é realizado dentro da mesma espécie (homólogo) ou entre espécies diferentes (heterólogo)”⁹⁴; entretanto, foram as expressões que se popularizaram e que, portanto, serão empregadas nesta pesquisa.

A reprodução homóloga reside na utilização dos gametas sexuais masculino e feminino provenientes de um casal, casado ou que vive em união estável, que assumirá a paternidade e a maternidade da criança assim gerada, em que pese esta não tenha sido concebida a partir de uma relação sexual⁹⁵. Apesar da falta da conjunção carnal, a reprodução assistida homóloga acaba por assumir a função da cópula, no sentido em que permite a transmissão da carga genética de ambos os cônjuges ou companheiros para o filho. A reprodução homóloga, portanto, “não provoca uma quebra da unidade biológica do casal”⁹⁶.

É possível, contudo, que um ou ambos os cônjuges ou companheiros não tenha(m) condições de contribuir com seu material fecundante para a procriação, fato que importará no emprego de células sexuais de um terceiro

⁹² BRANCO, Mariana. **A gravidez de gêmeos** (2015). Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Saude/noticia/2015/02/gravidez-de-gemeos.html>

⁹³ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**, 2002, p. 306.

⁹⁴ FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia**. Tradução: Maria Luisa García Prada, 2000, p. 148/149.

⁹⁵ FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**, 2000, p. 57.

⁹⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 147.

estranho ao casal, fazendo com que a reprodução assistida seja considerada heteróloga.

Exsurge esclarecer que, em geral, os sistemas jurídicos estabelecem que o corpo humano e suas partes são “*res extra commercium*”, integrando bens da personalidade, vedando-se a sua comercialização. Esta característica de inercialidade não pode ser entendida como indisponibilidade. Assim, quanto àquelas partes que não comportem diminuição ou comprometimento permanente da saúde do indivíduo, há o reconhecimento da possibilidade de sua disposição por seu titular. Neste aspecto, os gametas são considerados um produto do corpo humano que, mesmo sem expressão patrimonial, possui proteção jurídica específica e pode se tornar objeto de direito, ou seja, de disposição em favor de terceiro para a concretização de um projeto parental deste.

Dada a necessidade do emprego de material fecundante de terceiro, esclarece Tycho Brache Fernandes que a reprodução heteróloga se divide em: “*a matre*, quando o gameta doado for o feminino, *a patre*, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores”⁹⁷. Por esse motivo, esta reprodução pode ser parcial ou totalmente heteróloga, conforme as células reprodutoras advenham de um dos membros do casal e terceiro doador, ou exclusivamente de pessoas estranhas ao casal.

Em que pese o Código Civil de 2002, ao tratar do assunto da reprodução humana assistida, dispor exclusivamente da presunção da paternidade e, por conseguinte, da doação de gametas masculinos, é preciso reconhecer que a disponibilização de material genético de terceiro tanto pode implicar produto biológico do homem como da mulher, podendo ter origem através de vários procedimentos: doação de esperma, óvulo ou embrião, cessão de útero, ou ainda uma combinação dessas atividades. Por essa razão, afirma Tania Salem que as técnicas de reprodução assistida “têm ao menos um efeito ‘democrático’ no que concerne aos sexos: a questão sobre a ‘verdadeira’ progenitora, ou

⁹⁷ FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões**, 2000, p. 58.

melhor, de quais os critérios que a fundamentam – diz hoje respeito não só à paternidade, mas também à maternidade”⁹⁸.

Acrescente-se, ainda, a polêmica questão da possibilidade da concretização singular do projeto parental por meio da reprodução humana assistida heteróloga com doação de material genético de terceiro anônimo, tendo em vista que a Lei 9.263/96 prescreve que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, sendo parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal⁹⁹.

Na esteira do mesmo entendimento, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina estabelece que “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”, o que inclui a permissão de uso para “relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito à objeção de consciência por parte do médico”¹⁰⁰.

Esclarece Regina Beatriz Tavares da Silva que, quando a referida Resolução se refere às pessoas solteiras, na verdade “quis referir-se às pessoas sozinhas, ou seja, aquelas que não são casadas ou que não vivam em união estável”. Por essa razão, entende a autora que o dispositivo deve ser interpretado no sentido de facultar a uma “mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva utilizar a reprodução humana assistida”¹⁰¹.

Em sendo reconhecida a possibilidade de constituição de família monoparental programada, posicionamento com o qual concordamos – com as devidas ressalvas que serão feitas no próximo tópico desta pesquisa –, a interpretação dada pela citada autora merece ser expandida para abarcar a família projetada também pelo homem sozinho. Sua possibilidade estaria consubstanciada no fato de que na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina não há nenhuma alusão ao sexo das pessoas solteiras e em razão da aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os sexos (art. 5º da

⁹⁸ SALEM, Tania. **O princípio do anonimato na inseminação artificial com doador (IAD): das tensões entre natureza e cultura**, 1995, p. 39.

⁹⁹ **Lei 9.263/96**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm

¹⁰⁰ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

¹⁰¹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: **Grandes temas de direito de família e sucessões, volume 2**. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coordenadores), 2014, p. 36/38.

CF/88). O homem sozinho precisaria valer-se, para tanto, da técnica denominada maternidade por substituição, já que não possui condições fisiológicas para gestar o filho que deseja.

A maternidade por substituição, também chamada de cessão temporária de útero, consiste em negócio jurídico pelo qual uma mulher se compromete a suportar uma gravidez em favor de outrem, quando o estado do útero da mulher que deseja ser mãe não permite o desenvolvimento normal do embrião ou a gravidez apresenta um risco à sua saúde, mas também em caso de haver um projeto parental exclusivamente masculino, por homem sozinho ou casal homoafetivo. O reconhecimento dessa técnica é reflexo da ampliação do conceito de família e da valorização do afeto nas relações daí advindas, o que acabou por dissociar a maternidade da gestação.

Na esteira desse raciocínio, Juliana Queiroz afirma que “o ordinário ato de submissão ao parto não pode ser considerado fator absoluto e determinante para a atribuição da maternidade”¹⁰². Nessa situação, a gestante se transforma numa verdadeira “incubadora viva”¹⁰³ dos autores do projeto parental, na medida em que, após o parto, se obriga a entregar a criança, renunciando a qualquer direito e responsabilidade em relação a esta, que será considerada filho de quem desejou ser seu(s) pai(s), ainda que não haja nenhuma identidade biológica entre eles.

É imperativo destacar que tanto a doação de gametas ou de embriões quanto a cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, em decorrência do § 4º do art. 199 da Constituição Federal de 1988, que veda todo tipo de comercialização quanto à remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas, seja para fins de transplante, pesquisa ou tratamento. Em relação a esta última, a despeito de a gravidez não implicar a remoção do útero, a utilização do corpo de uma mulher a fim de proporcionar a gestação de um ser humano que não será considerado seu filho, não deixa de ser um ato de disposição temporária do corpo, o que impede a sua monetização, motivo pelo qual a expressão “barriga de aluguel”, popularmente associada a esta técnica, não deve ser utilizada.

¹⁰² QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida *post mortem*: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 220.

¹⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 402.

Com a finalidade de evitar eventuais conflitos quanto à entrega da criança, porquanto se reconhece a construção de laços afetivos entre gestante e feto ao longo da gravidez, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina determina que, em regra, “a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”, podendo ser dispensado esse critério mediante autorização daquele Conselho¹⁰⁴.

Não obstante sua previsão na Resolução do Conselho Federal de Medicina e no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (art. 17, § 1º), a cessão temporária de útero não é uma técnica aceita com unanimidade, havendo projeto de lei em trâmite que expressamente veda a sua adoção (PL 1.184/2003¹⁰⁵).

Em relação ao material fecundante do doador, este não é, via de regra, colhido a fresco, estando previamente armazenado em bancos de células e tecidos germinativos, dada a necessidade de passar previamente por uma rigorosa verificação de sua aptidão¹⁰⁶. O serviço do banco genético consiste, pois, na seleção de doadores ou doadoras, bem como na garantia da qualidade do processamento e conservação de sêmen, óvulos e embriões para uso do próprio doador ou de terceiros. O regulamento de seu funcionamento e as características exigidas para seus ambientes estão dispostos na Resolução da Diretoria Colegiada 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁰⁷, órgão ao qual cabe a fiscalização do atendimento de tais preceitos e para o qual deverá ser enviado periodicamente relatório com os dados quantitativos de produção, a fim de alimentar o SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões.

¹⁰⁴ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

¹⁰⁵ **Projeto de Lei nº 1.184/2003.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003

¹⁰⁶ Nesse sentido, durante todo o período em que o(a) doador(a) fornecer seu material fecundante para o banco genético e a cada amostra colhida, novos exames devem ser realizados. Além disso, os controles sorológicos serão realizados a cada três meses, de modo que o gameta não poderá ser utilizado sem ter passado por duas análises de HIV negativas (QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**, 2001, p. 90/94).

¹⁰⁷ **Resolução da Diretoria Colegiada nº 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514

O doador, em geral, deve ser maior de idade, voluntário, física e psiquicamente sadio, com um nível de inteligência normal e sem antecedentes patológicos pessoais ou familiares. Todos os dados referentes ao seu porte físico e a suas características morfológicas serão anotados em sua ficha de registro e servirão para selecionar o material destinado a uma pessoa ou casal específico, para que o doador possua a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com o(s) receptor(es)¹⁰⁸, na esteira da orientação da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina¹⁰⁹.

Ademais, o banco genético deverá fazer um controle do destino dos gametas doados, com informações a respeito de eventual consecução de gravidez, já que o doador deverá ser dispensado ao ser atingido um número de gestações aceitável, a fim de evitar que nasçam muitos seres humanos provenientes de um mesmo doador e que, posteriormente, venham a ocorrer desconhecidas uniões consanguíneas, no que se poderia chamar de “incesto científico”.

Nesse sentido, estabelece a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina:

a região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora¹¹⁰.

Ainda de acordo com as prescrições da citada Resolução e do art. 15 da Resolução 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹¹¹, a pessoa

¹⁰⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – RJ: Forense, 2013, p. 547.

¹⁰⁹ “IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...) 5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente”. **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

¹¹⁰ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2.168>.

¹¹¹ “Art. 15 A doação de células, tecidos germinativos e embriões deve respeitar os preceitos legais e éticos sobre o assunto, devendo garantir o sigilo, a gratuidade e a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”. **Resolução nº 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514

que cede o seu material genético para a realização da reprodução assistida heteróloga deve fazê-lo sem finalidade lucrativa e comercial, sendo-lhe assegurado o direito ao sigilo da divulgação de sua identidade.

Quanto ao doador, portanto, é preciso que se esclareça que a oferta de seu material genético deve ser espontânea e ter intuito solidário, não podendo ser constrangido a auxiliar uma pessoa ou um casal infértil, como também não pode ter finalidade comercial ou lucrativa, estando a doação revestida sempre do caráter de gratuidade, representada numa intenção filantrópica, com vistas a preservar o valor da norma constitucional contida no art. 199, § 4º, de que o corpo humano está fora de comércio¹¹². Assim, os produtos que compõem o corpo do ser humano – como sêmen e óvulo – só podem ser objeto de doação desde que a transação não fira a integridade corporal do doador.

A respeito do aspecto sigiloso da reprodução heteróloga, é vedado o conhecimento da identidade do doador pelos receptores e a informação sobre a identidade dos receptores pelo doador, o que expressa uma política de supressão deliberada das eventuais relações entre doador e receptor. O anonimato implica o reconhecimento da primazia dos laços afetivos sobre os biológicos, funcionando como “garantia da autonomia e desenvolvimento normal da família assim fundada”¹¹³.

Sobre o assunto, leciona Juliana Queiroz:

O anonimato é, ao mesmo tempo, medida de proteção de todas as partes envolvidas. De um lado, a doação de esperma veio para contribuir com o projeto parental de um casal impossibilitado de procriar. A esse casal nunca esteve presente a vontade de enquadrar um terceiro – o doador biológico – ao seu projeto. Em outro ângulo, o doador não possui nenhum projeto parental, é desinteressado quanto ao destino do sêmen e, portanto, não deseja nenhuma relação de filiação¹¹⁴.

A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina permite, contudo, uma exceção ao anonimato, ao possibilitar, em situações especiais, o

¹¹² “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...) § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

¹¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 339.

¹¹⁴ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**, 2001 p. 95.

fornecimento de informações sobre doadores exclusivamente aos médicos, resguardando-se a identidade civil daqueles¹¹⁵. Assim, a quebra do sigilo somente poderia ter lugar quando da verificação de uma doença diagnosticada no concebido, cuja cura dependesse da investigação das pessoas que doaram os seus materiais genéticos¹¹⁶. Nesta situação se reconheceria que o anonimato do doador não pode prevalecer perante a iminente lesão à vida ou integridade da pessoa gerada com material fecundante de outras pessoas que não seus pais.

Vem sendo admitido, não obstante, um direito muito mais abrangente quanto a essas informações biológicas, o chamado direito ao conhecimento da ascendência genética. Traduzido como um direito da personalidade, ele consiste no reconhecimento à pessoa do direito de saber quem são seus genitores biológicos, não podendo a ninguém ser negado o direito de saber a forma como foi gerado e a sua identidade genética, sem que essa descoberta possa gerar, contudo, alguma vinculação parental ou obrigacional ao doador.

O direito de vindicar o conhecimento à identidade genética é amparado no art. 48 da Lei 12.010/2009 (Lei de adoção), que autoriza ao adotado ter acesso aos autos e conhecer sua identidade biológica¹¹⁷, bem como no art. 17, § 3º, do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça¹¹⁸. Acrescente-se que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos¹¹⁹, da qual o Brasil é signatário, reconhece a existência de uma identidade biológica concebida a partir do genoma, componente da dignidade da pessoa humana.

A relevância da determinação biológica da hereditariedade, por conseguinte, teria como objeto a descoberta da própria identidade, que confere

¹¹⁵ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2.168>.

¹¹⁶ BONELLI, Rita Simões. O nascituro à luz do biodireito. DUARTE, Gerado; FONTES, José Américo Silva (Organizadores). **O nascituro. Visão interdisciplinar**, 2009, p. 246.

¹¹⁷ “**Art. 48.** O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”. **Lei 12.010/2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm

¹¹⁸ “**Art. 17 (...)** § 3º. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida”. **Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf

¹¹⁹ http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm

a cada indivíduo uma condição de unicidade. Assim, é necessário ter uma família como referência histórica a que o indivíduo possa atrelar à sua própria, como emanção imediata da sua personalidade¹²⁰, pois não se pode negar que cada pessoa é herdeira da carga genética de seus pais. Como salienta Adriana Caldas do Rego F. Dabus Maluf, “o DNA representa a programação biológica da pessoa no presente, no passado e no futuro”, sua imagem científica é uma espécie de identidade¹²¹.

O direito ao conhecimento de dados genéticos não deve ser visto como mero capricho, mas um desejo inerente à pessoa humana de descoberta de seus laços biológicos familiares, “o que tem em vista o passado e inexoravelmente marca o futuro”¹²². Por essa razão, acentua José de Oliveira Ascensão que “um ser humano que nasce a partir de gametas anônimos acaba sendo considerado um ser amputado, pelo menos no que diz respeito a um dos elos familiares”¹²³. Em que pese a origem genética ter perdido seu papel legitimador da filiação, a sua importância acabou por migrar para os direitos da personalidade, com finalidades distintas¹²⁴. O reconhecimento deste direito é resultado, portanto, da evolução do Direito, que conduziu à distinção entre a figura do pai e a do genitor.

A pessoa nascida a partir de gameta ou embrião doado, portanto, terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador que lhe deu origem, quando completar sua maioridade civil. O acesso a essas informações genéticas fica franqueado apenas à própria pessoa concebida por meio da reprodução heteróloga, mantendo-se preservada a intimidade do doador para todas as outras pessoas, até mesmo os pais jurídicos.

¹²⁰ GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p.1.100.

¹²¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego F. Dabus. Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: **Questões controvertidas no novo código civil, vol. 1**. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.), 2004, p. 86.

¹²² TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: **Grandes temas de direito de família e sucessões, volume 2**. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.), 2014. p. 68.

¹²³ ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/2006 sobre procriação medicamente assistida. In: **Estudos de direito da bioética, vol. 3**. ASCENSÃO, José de Oliveira (coord.), 2009, p. 33.

¹²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). Temas atuais de direito e processo de família, 2004.

Nesse sentido, reconhece Reinaldo Pereira e Silva que

ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos tem o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza dos vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida, etc.)¹²⁵.

Ainda em relação à utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga, menciona Moreira Filho a necessidade de

ser precedida de um criterioso contrato envolvendo a clínica, os doadores de gametas e seus receptores, bem como a formalização de um termo de consentimento esclarecido e informado que indique às partes contratantes suas responsabilidades, seus direitos, seus deveres e a abrangência clara dos procedimentos médicos que serão utilizados¹²⁶.

A Lei 9.263/96 estabelece que a escolha dos métodos e técnicas de concepção, seja ela homóloga ou heteróloga, somente “poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia”¹²⁷. Nesse mesmo sentido, prescreve o item 4 dos “Princípios Gerais” da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina a exigência obrigatória de prévio consentimento livre e esclarecido para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida, a fim de informar os envolvidos acerca de todos os aspectos médicos e as circunstâncias biológicas, jurídicas e éticas da aplicação do procedimento¹²⁸, com vistas a que todas as partes possam exercer livremente a sua capacidade de autodeterminação, pois este consentimento representará a aceitação e a autorização do indivíduo para a interferência externa sobre seu corpo ou para a formação de um vínculo jurídico de parentalidade. Por esse motivo, muito mais do que meramente informado, o consentimento deve ser esclarecido, tornando-se necessário que

¹²⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**, 2003, p. 61.

¹²⁶ MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: os direitos sucessórios do embrião humano**, 2007, p. 112.

¹²⁷ **Lei 9.263/96**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm

¹²⁸ **Resolução nº 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2.168>.

seja devidamente compreendido pelos pacientes, nos termos do art. 18 da Resolução 23/2011 da ANVISA¹²⁹.

Alerta Regina Beatriz Tavares da Silva que o consentimento informado, apesar de esclarecer acerca dos aspectos jurídicos que envolvem a reprodução humana assistida, não se confunde com a autorização do cônjuge ou companheiro, que é elemento essencial à realização do procedimento¹³⁰, especialmente nos casos de reprodução homóloga póstuma ou heteróloga, já que não se pode obrigar ninguém a procriar ou a aceitar um projeto parental não desejado.

Como corolário do direito ao livre planejamento familiar, a reprodução humana assistida possibilita fundar a ordem reprodutiva em escolhas e direitos individuais, libertando as pessoas de condicionamentos, porquanto permite a procriação independentemente da idade, saúde e do contato sexual com outra pessoa¹³¹. Não se pode falar, todavia, numa liberdade procriativa exercida sem limites, mas sim com responsabilidade, razão pela qual a técnica não pode ser considerada como um método alternativo de procriação, e sim uma intervenção excepcional e residual¹³².

Sobre esse aspecto, esclarece Pietro Perlingieri:

Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre ela. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na assistência sanitária nacional. Em presença de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de

¹²⁹ **Resolução nº 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514

¹³⁰ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: **Grandes temas de direito de família e sucessões, volume 2.** TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.), 2014, p. 48.

¹³¹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: **Grandes temas de direito de família e sucessões, volume 2.** TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.), 2014, p. 18.

¹³² SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**, 2002, p. 303.

ordem psicológica, o problema da inseminação não se coloca mais em termos discricionários¹³³.

A reprodução humana assistida deve ser encarada como um procedimento complementar ou de substituição quando há impedimento ou dificuldade na geração de filhos que não pode ser suplantada por outra terapêutica, e não como mais uma opção ao desejo de procriar. De toda forma, é necessário diagnosticar a origem do problema da pessoa ou do casal para que a decisão sobre a técnica de reprodução assistida a ser aplicada possa ser a mais correta, a fim de obter o maior êxito possível. É relevante que a equipe médica não minimize os riscos, nem supervalorize os benefícios. Por esse motivo, a técnica deve ser adequada ao problema da pessoa ou do casal, não se devendo submetê-los apenas a um método disponível¹³⁴. Isso significaria não permitir o uso indiscriminado da reprodução assistida, especialmente no que diz respeito à hipótese de casais imbuídos de fins egoísticos, quando a gravidez não é desejada em razão dos incômodos ou das modificações estéticas por ela gerados.

Não se pode esquecer, contudo, que a procriação assistida também pode ser empregada em caso de haver algum risco à vida ou à saúde dos interessados e da futura descendência, mesmo que não haja infertilidade ou esterilidade dos autores do projeto parental, o que lhe retiraria, excepcionalmente, o caráter complementar ou de substituição.

Controversa, porém, é a hipótese de pessoas sozinhas ou casais homoafetivos, em que não há uma justificativa orgânica, genética, de infertilidade ou esterilidade para o emprego das técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que a ausência de possibilidade de procriação seria fruto das suas escolhas e opções sexuais. Assim, a submissão à reprodução heteróloga se mostraria como uma alternativa com vistas à concretização de um projeto parental unilateral ou homoparental.

Sob nosso ponto de vista, há de se reconhecer certa “impossibilidade” de exercício do direito à procriação para as pessoas sozinhas e casais homoafetivos, na medida em que o processo de fecundação prescinde das

¹³³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, 2002, p. 175/176.

¹³⁴ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. **A procriação medicamente assistida e as futuras gerações**, 2005, p. 29.

células germinativas feminina e masculina para a formação de um novo ser humano e, nestas situações, haverá sempre a ausência de material fecundante necessário à combinação gênica do embrião.

Mario Antônio Sanches afirma que, além da vulnerabilidade existencial, consistente na dificuldade de ter filhos, da vulnerabilidade social, referente ao não acesso aos serviços de saúde, o planejamento familiar também poderia ser afetado pela vulnerabilidade moral, como no caso de pessoas sozinhas e casais homoafetivos, que, sem a reprodução humana assistida, não teriam possibilidade de concretizar o desejo da parentalidade¹³⁵. Logo, a monoparentalidade programada não deve ser objeto de repulsa e vedação em sua consideração abstrata, sendo necessária uma investigação dos fatores ligados a este desejo de procriar, com vistas à verificação do seu atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana gerada artificialmente e do melhor interesse da criança.

De todo o exposto, percebe-se que o desenvolvimento das novas tecnologias reprodutivas vem suscitando o surgimento de vários questionamentos advindos da separação do ato sexual da reprodução humana, conflitos estes que tendem a se agravar devido à possibilidade de criopreservação do sêmen, do óvulo e do embrião, já que promove um distanciamento ainda maior, físico e temporal, permitindo, inclusive, que um novo ser venha a ser formado após a morte da pessoa de quem provém o material genético que lhe deu origem¹³⁶, aspecto que será a seguir enfrentado.

2.3 A reprodução humana assistida *post mortem* e suas principais implicações jurídicas

Foi visto que a reprodução humana assistida possibilitou a geração de descendência despida do ato sexual, com vistas a contornar problemas de infertilidade, esterilidade ou a transmissão de doenças de origem genética, infecciosa e outras. Em que pese todo o desenvolvimento médico-científico operado na área da reprodução humana, as taxas de êxito nos procedimentos

¹³⁵ SANCHES, Mario Antônio. Planejamento familiar no contexto da bioética. In: **Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas**, 2014 p. 14.

¹³⁶ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***, 2010, p. 50.

de procriação assistida ainda não refletem a garantia da geração do filho desejado.

Com a finalidade de aumentar as chances de êxito no procedimento, de diminuir os riscos e incômodos pelo qual a mulher é submetida com a superovulação, bem como promover a viabilidade financeira do investimento, as células sexuais e os embriões derivados de sua união laboratorial são coletados e produzidos em número maior do que o necessário/permitido para a implantação por tentativa de gestação. Além desses fatores, a possibilidade de uma avaliação cuidadosa da qualidade do material genético empregado e a intenção de resguardar material genético em razão de tratamento de saúde que possa vir a gerar infertilidade ou esterilidade fez com que esse material genético sobressalente precisasse ser armazenado em bancos de células e tecidos germinativos, utilizando-se, para tanto, a técnica de criopreservação.

A criopreservação consiste numa técnica de resfriamento do sêmen, óvulo e/ou embrião, que faz com que toda a sua atividade metabólica seja interrompida sem que, com isso, haja perda da sua qualidade e funcionalidade, visando prolongar por prazo indeterminado a utilidade do material genético retirado do organismo humano.

A primeira providência para o congelamento das células sexuais ou embriões, oriundos da fusão dos gametas, é sua inserção em um crioprotetor, substância que irá proteger o material genético de danos irreversíveis decorrentes da cristalização da água. O material preparado é, então, aspirado em um capilar, devidamente vedado e identificado por um código. Levado a uma unidade de resfriamento, o material passa da temperatura ambiente a -160°C em aproximadamente duas horas, para, depois, ser retirado do aparelho e mergulhado num botijão, onde permanece estocado em nitrogênio líquido a uma temperatura de -196°C. O descongelamento é feito, inicialmente, pela extração do capilar do azoto para a temperatura ambiente, e com a posterior retirada do crioprotetor, por meio de lavagem no meio da cultura. Todo o processo de resfriamento e aquecimento precisa ser muito cuidadoso para não provocar a destruição da célula¹³⁷.

¹³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 52/54.

A criopreservação permite que o material genético permaneça armazenado indefinidamente para ser utilizado em futuras transferências, inclusive após a morte do seu titular, procedimento denominado de reprodução humana assistida *post mortem*. A reprodução assistida póstuma consiste, portanto, na transferência de gametas ou embriões de pessoa já falecida, a fim de ser gerado um filho originalmente despido de pai e/ou mãe.

É certo que a reprodução que transcende a morte habita o ideário da humanidade desde tempos remotos, havendo o caso na mitologia egípcia em que Isis buscou reconstituir o corpo de Osíris, com a intenção de vir a se fecundar, num típico caso de inseminação artificial *post mortem*¹³⁸. Em 1918, João Arruda respondeu a uma consulta sobre a paternidade advinda de fecundação artificial com utilização de sêmen de um cadáver, nos seguintes termos:

O facto de ser tirado o elemento de fecundação do cadáver não é bastante para excluir a paternidade do morto. Com efeito, é fóra de dúvida que, quando, por operação cesariana, se extrahe do ventre de um cadaver uma criança, não pôde a maternidade ser contestada (*De liberis et postumis*, fr. 12, vrs. “*et si, execto ventre, editus sit*”). A analogia é perfeita: assim como se formou o feto no ventre materno, e d'elle sahiu após a morte da mulher, assim também se formou o germen no organismo do homem, e d'elle sahiu após sua morte¹³⁹.

Embora não haja legislação específica tratando da matéria da reprodução humana assistida, a questão do procedimento póstumo está implicitamente prevista no artigo 1.597, incisos III e IV, do Código Civil de 2002, no qual se estabelece a presunção da filiação mesmo nas hipóteses de o falecimento do genitor anteceder ao nascimento do filho, quando havidos por fecundação artificial homóloga ou pela utilização de embriões excedentários¹⁴⁰.

Ademais, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina prevê expressamente a possibilidade do procedimento ao dispor que “É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização

¹³⁸ DUARTE, Tiago. *In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 19.

¹³⁹ ARRUDA, João. Fecundação artificial – semen de um cadaver – paternidade. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p. 1.041.

¹⁴⁰ **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”¹⁴¹.

Por fim, o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça estabelece em seu art. 17, § 2º, que na hipótese de reprodução assistida *post mortem* haverá necessidade de apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida¹⁴².

Em que pese a redação deficiente dos dispositivos do Código Civil de 2002 e demais referenciais citados, a doutrina vem se esforçando para definir os contornos dos limites à utilização desta técnica.

O primeiro deles seria que a procriação póstuma somente teria lugar nos procedimentos homólogos, pois o inciso V do art. 1.597 do Código Civil de 2002 não menciona, ao contrário dos incisos III e IV, as expressões “a qualquer tempo” ou “após a morte do marido”, motivo pelo qual o procedimento heterólogo só seria legitimado enquanto o marido ou o companheiro, cujo nome seria lançado no assento civil da pessoa assim concebida como seu pai, for vivo e conjugalmente ligado à mãe¹⁴³.

Nesse sentido, a autorização para o procedimento heterólogo tão só seria eficaz enquanto vigente o casamento ou a união estável entre os contratantes dos serviços de reprodução assistida, motivo pelo qual vindo a óbito aquele que não iria contribuir com seu material fecundante, mas que havia concedido a autorização para o procedimento restaria impossível a utilização de sêmen, óvulo ou embrião de terceiro para fins de atribuição da presunção de paternidade ao falecido.

Mas há quem defenda a possibilidade de reprodução assistida heteróloga *post mortem* quando o cônjuge ou companheiro(a), que havia anuído tal forma de procriação sem a contribuição de seu material genético, falece, facultando-se ao sobrevivente continuar o planejamento familiar iniciado em vida, desde que haja embriões já fertilizados. Para Ana Cláudia Scalquette,

¹⁴¹ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.

¹⁴² **Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf

¹⁴³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 161.

mister que a presunção também seja estendida para os embriões excedentários da fertilização heteróloga, nascidos a qualquer tempo, pois se ambas as possibilidades – homóloga e heteróloga – são passíveis de presunção pelos incisos III e V do art. 1.597 do CC, por que somente os excedentários da homóloga podem ser considerados filhos por presunção?¹⁴⁴

Assim, para a autora, não haveria por que se discriminar tal situação, uma vez que tendo sido livre, consciente e expresso o desejo do falecido(a) de possibilitar o nascimento da criança, mesmo que decorrente de material fecundante de terceiro doador, deve a criança ser gerada e, nascendo com vida, ser considerada filha do *de cujus*.

Outra dúvida que surge da leitura dos dispositivos acima citados é se a presunção de filiação se aplicaria somente à utilização de material genético do homem, ainda que após o seu falecimento, já que silencia quanto à possibilidade de incidência da referida presunção também para a maternidade póstuma advinda de procriação assistida. Como já abordado no tópico anterior, com fulcro na igualdade constitucional assegurada a homens e mulheres, detentores dos mesmos direitos e obrigações, se assegurado à mulher o direito de dar continuidade a um projeto parental, ainda que após a morte de seu cônjuge ou companheiro, não há de se negar ao homem sobrevivente a mesma faculdade, nem mesmo negar à falecida o direito de ser reconhecida como mãe dos que nascerem após seu óbito, sendo preciso ao homem socorrer-se, nesta hipótese, à maternidade por substituição¹⁴⁵.

Um segundo ponto sobre a reprodução póstuma seria a necessidade de prévia e expressa autorização do falecido, porquanto resta divergente a definição da titularidade do material genético criopreservado após o óbito de quem o forneceu. A maioria da doutrina afirma que, ainda que o cônjuge ou companheiro(a) tenha fornecido o seu material fecundante em vida, não se deve presumir o consentimento para a procriação depois de sua morte. Ou seja, o fato de haver disponibilizado em vida o seu material fecundante não autorizaria, por si só, que o cônjuge/companheiro(a) falecido consinta na sua

¹⁴⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 181.

¹⁴⁵ MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: os direitos sucessórios do embrião humano**, 2007, p. 110.

utilização após sua morte. Nesse sentido, o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal prescreve que:

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 morte¹⁴⁶.

Na esteira desse entendimento, adverte Silmara Juny de Abreu Chinelatto que o procedimento póstumo envolve direitos de personalidade daquele de quem se origina o material fecundante, razão pela qual não se pode presumir que alguém queira ser pai ou mãe depois de sua morte. Nesta situação, o sêmen, óvulo ou embrião da pessoa falecida deveria ser destruído, se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação ou transferência *post mortem*¹⁴⁷. Assim, o cônjuge ou companheiro(a) (sobrevivente) não poderia exigir que o banco genético lhe entregue o sêmen, óvulo ou embrião que se encontra armazenado para que seja nela inseminado ou em terceira, por não se tratar de patrimônio, bem objeto de herança, cuja titularidade se transfere aos sucessores.

O consentimento do cônjuge ou companheiro(a) morto à realização da reprodução póstuma seria, portanto, indispensável, não havendo sequer possibilidade de ser substituído por uma autorização judicial, tendo em vista que o consentimento extraído da pessoa falecida não se configura outorga marital/uxória para a prática de atos pelo cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, “mas sim, manifestação de vontade própria na realização de intervenção médica que gerará responsabilidades para si”¹⁴⁸. Por esse motivo, afirma Guilherme C. Nogueira da Gama que “no direito brasileiro a vontade

¹⁴⁶ **Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

¹⁴⁷ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: **Pessoa humana e direito**. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coords.), 2009, p. 447.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**, 2001, p. 101.

judicial não pode ser considerada pressuposto para o estabelecimento dos vínculos parentais”¹⁴⁹.

Defende Juliana Queiroz, contudo, que, em caso de inexistência desse elemento volitivo, o material genético criopreservado deveria ter sua titularidade “transferida para os herdeiros, em conformidade com a ordem de vocação hereditária prevista na abertura da sucessão” e que, havendo discordância de opiniões entre os herdeiros e o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente quanto ao seu destino, não pareceria legítimo “o afastamento integral da vontade deste(a) que fazia parte do contrato, impedindo a concepção *in vitro* com o referido material, em contraposição à sua doação ou ao seu descarte”.

Embasa a autora tal assertiva a partir da evocação da aplicação por analogia do art. 4º da Lei nº 9.434/97¹⁵⁰, que regulamenta o transplante de órgãos, pois, embora a referida lei tenha retirado expressamente de sua incidência o sêmen e o óvulo, o seu direcionamento principiológico serviria para “delinear os valores que conduzem ao manuseio das células reprodutivas, para efeito de disposição *post mortem*”¹⁵¹, posicionamento com o qual ousamos não concordar.

A despeito da exigência da autorização para o uso póstumo, há de ser reconhecida a possibilidade de sua revogação enquanto não sobrevier a gestação, já que os tratamentos de reprodução humana assistida não trazem a certeza do implemento da gravidez na primeira tentativa, o que faz com que, em seu decurso, possam ocorrer causas diversas que levem a que um dos cônjuges ou companheiros não deseje mais o filho¹⁵². Revogado o consentimento em vida, não há de se cogitar qualquer possibilidade de reprodução póstuma, até porque não se pode atribuir parentalidade a quem não a deseja.

¹⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 707.

¹⁵⁰ “Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”. **Lei 9.434/97**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm

¹⁵¹ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 132/134.

¹⁵² QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**, 2001, p. 102.

De outro norte, Cristiano Colombo entende ser desnecessária tal autorização expressa, uma vez que o material genético foi pelo próprio falecido depositado; somente se houvesse oposição à sua utilização *post mortem* pelo cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, não caberia o estabelecimento da parentalidade presumida¹⁵³. É como se houvesse, então, um consentimento tácito decorrente armazenamento do sêmen, óvulo ou embrião, que somente poderia ser afastado pela negativa expressa, verbal ou escrita, do uso do material *post mortem*. Na esteira desse entendimento, aduz Maria Berenice Dias que:

Não havendo autorização do genitor, é necessário que o filho, depois do nascimento, promova ação declaratória de filiação. Como certamente nasceu depois de 300 dias da morte do pai, já decorreu o lapso temporal que faz presumida a paternidade (CC 1.597). É preciso provar somente o vínculo biológico e que foi usada técnica de reprodução assistida com a participação do suposto pai. No entanto, não é necessário o desejo do morto de ser pai após a sua morte. Ao contrário do que sustenta José Roberto Moreira Filho, mesmo não existindo nenhuma manifestação expressa ou tácita do falecido quanto à filiação futura, esta pode ser-lhe imputada. Desimporta sua vontade quanto à aceitação da filiação, até porque já está falecido, e não há como deixar o filho sem a identidade do pai. Afinal, permitiu que seus gametas fossem criopreservados¹⁵⁴.

A autora vai além, afirmando que para a imputação da filiação neste caso, não haveria necessidade de se investigar a motivação do depósito do material genético, sendo possível a sua utilização ainda que tenha sido feito “o congelamento apenas com o intuito altruísta de auxiliar casais inférteis”¹⁵⁵, posicionamento do qual discordamos, haja vista não haver, nem implicitamente, a aceitação de um projeto parental do doador de material genético falecido.

O mencionado Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal ainda trata da necessidade de manutenção do estado de viuvez do cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente para que este possa se utilizar do material genético do parceiro falecido após seu óbito. Acreditamos que tal exigência pode ser compreendida como uma tentativa de evitar conflitos diante da

¹⁵³ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**, 2012, p. 165.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**, 2017, p. 206.

¹⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**, 2017, p. 205/206.

disposição do art. 1.597, I, do Código Civil de 2002, que atribui a parentalidade do filho ao novo cônjuge ou companheiro caso a criança venha a nascer 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal¹⁵⁶.

Acrescente-se, também, que inexistente limite temporal imposto à utilização de material genético criopreservado, possibilitando um hiato entre a coleta do sêmen e do óvulo e o momento da fecundação, em se tratando de embrião congelado, e o da gestação, que pode se dar por tempo indefinido, razão pela qual, em que pese haja permissão legal, ainda há muitos questionamentos quanto à admissibilidade da reprodução humana assistida *post mortem*, especialmente diante da viabilidade ou não de se conceber uma criança deliberadamente despojada da figura de um de seus genitores.

Vários são os argumentos suscitados por aqueles que defendem a possibilidade da procriação póstuma. O primeiro deles diz respeito à liberdade de planejamento familiar, um direito constitucionalmente assegurado, que garantiria à pessoa a autonomia de deliberar sobre seus objetivos pessoais, inclusive no que diz respeito ao direito à procriação, ainda que concretizado de forma unilateral pela ausência do parceiro(a), em virtude do seu óbito.

No centro da liberdade familiar residiria a atribuição do poder às pessoas de organizarem e desenvolverem a sua entidade familiar como bem lhes aprouver, até mesmo no que diz respeito ao modo e às condições pelas quais elas irão se reproduzir, não cabendo restrições em razão do sexo ou do tipo de entidade familiar. Como fundamento, essa linha de raciocínio se reporta ao art. 2º da Lei 9.263/96, que assegura direitos iguais de “constituição, limitação ou aumento da prole *para a mulher, para o homem ou para o casal*” (grifo nosso)¹⁵⁷. A pessoa poderia, assim, ao exercer o seu direito reprodutivo positivo, determinar que a procriação possa ocorrer mesmo após sua morte.

Nesse ponto, é preciso fazer uma distinção entre duas situações possíveis na reprodução póstuma: a fecundação *post mortem* de gameta criopreservado, em que a fusão dos materiais genéticos ocorre após o óbito de um dos genitores, e a transferência *post mortem* de embrião, que fora fruto da

¹⁵⁶ **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

¹⁵⁷ **Lei 9.263/96.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm.

união dos gametas enquanto ainda vivos ambos os genitores. Feito esse esclarecimento, Sandra Marques Magalhães defende que tal direito somente teria cabimento quanto ao embrião criopreservado cuja transferência para o útero de uma mulher ocorreu após o falecimento de um dos genitores. Para a autora, diversamente do que sucede na inseminação artificial *post mortem*, “o projeto parental legalmente instituído encontra-se em desenvolvimento e o embrião formado”, razão pela qual a admissão da transferência embrionária visaria à “continuidade de um desígnio iniciado, à constituição de uma família desejada por quem dela partiu involuntariamente e, ao mesmo tempo, a atribuir destino digno ao embrião criopreservado, sem dúvida preferível ao descarte”¹⁵⁸.

Sobre a questão, interessante conferir a opinião de Luciane da Costa Moás e Marilena Cordeiro D. Villela Correa, para quem a liberdade procriativa em sentido positivo

não encontra limites quando se trata de casais heterossexuais em idade fértil e que não apresentam nenhum tipo de problemas quanto à prática do ato sexual para fins reprodutivos, nem problemas genéticos que possam colocar em risco a saúde da prole (...). Nessa hipótese, não há que se cogitar de eventual prejuízo para o interesse da criança que está por nascer, nem das aptidões dos pais, já que a “competência” procriativa garantiria a competência parental, sobretudo pela coincidência entre verdade biológica e a socioafetiva. Tão perverso quanto o jogo de presunções mostra-se a lógica da competência procriativa forjando a competência parental, segundo a qual quem pode naturalmente procriar está habilitado a ser pai ou mãe. Não se indaga de suas condições materiais ou emocionais, da disponibilidade de afeto ou aptidão para acolher e auxiliar no desenvolvimento da criança. Para os casais heterossexuais, em idade reprodutiva e com problemas de infertilidade que recorrem à inseminação heteróloga, também não haveria problema, desde que se garantisse a semelhança física com os doadores e, nesse sentido, a competência parental estaria assegurada¹⁵⁹.

Na esteira desse pensamento, defendemos que ter simplesmente um pai e uma mãe vivos não seria o suficiente para garantir o pleno desenvolvimento do filho. Desta forma, o exercício unilateral do planejamento familiar não

¹⁵⁸ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***, 2010, p. 88/89.

¹⁵⁹ MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. **Filiação e tecnologias da reprodução assistida: entre medicina e direito**, 2010, p. 601/602.

colidiria necessariamente com o princípio, também constitucional, do melhor interesse da criança, pois esse não corresponde ao crescimento e desenvolvimento dos filhos em famílias tradicionais, composta pela biparentalidade, numa triangulação clássica: pai, mãe e filho.

Sob esse mesmo prisma, Juliana Queiroz ensina que “a dupla pro gênio não pode ser considerada um direito, mas tão somente um interesse” e que a responsabilidade exclusiva de apenas um dos genitores pelo crescimento do filho pode ser considerada uma condição imperfeita, mas não a ponto de “ser classificada como danosa ao recém-nascido e determinar que teria sido melhor não nascer, do que nascer sem um dos genitores”. E complementa que, do ponto de vista da criança que irá nascer, o que a ordem jurídica deve assegurar é uma família idônea, apta a desempenhar as suas competências, independentemente da copresença dos dois genitores¹⁶⁰.

De acordo com Ana Carolina Pedrosa Massaro:

Muito mais do que fazer parte de uma família “triangularizada”, o menor tem sua integridade física, psíquica e moral resguardadas quando recebe afeto, cuidados e atenção de uma ou várias pessoas que o assumam como seu dependente, que se dediquem a proporcionar-lhe uma boa educação, com oportunidades adequadas de definição de sua personalidade, respeitando seus limites e seus anseios, independentemente da opção sexual que sustente ou de ter ao seu lado outro alguém para exercer sua vocação familiar. O interesse real do menor não está adstrito ao convívio familiar pura e simplesmente, mas ao convívio familiar sadio, contínuo e juridicamente amparado e reconhecido¹⁶¹.

Defende ainda Julieta Quayle que “a retórica do bem-estar infantil tem sido utilizada para mascarar a marginalização cultural de formas familiares alternativas”¹⁶². Assim, efetivamente, o que deveria ser levado em conta é se o genitor isolado fornece as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto. O cerceamento ou a limitação do direito de procriar de forma unilateral e póstuma somente teria cabimento quando a

¹⁶⁰ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 207/209.

¹⁶¹ MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. **Famílias in vitro: um ensaio sobre a harmonização entre o direito das famílias monoparentais e homoafetivas ao planejamento familiar e o direito do menor à biparentalidade**, 2014, p. 5.087/5.088.

¹⁶² QUAYLE, Julieta. Conceitos e “pré-conceitos”. A condição da criança na família monoparental. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. (e cols.), 2009, p. 129.

pessoa não oferecesse “condições psíquicas para se ocupar de uma criança ou se a intenção de gerar fosse imoral, ilícita ou, ainda, desvirtuasse a importância da paternidade e maternidade responsável, menosprezando o papel paterno ou materno na vida do filho”¹⁶³. Por este motivo, em vez de simplesmente se proibir a reprodução póstuma, seria imperiosa a realização de um estudo psicossocial com o genitor sobrevivente a fim de serem reveladas as motivações que o impulsionam a uma procriação artificial com material fecundante do cônjuge ou companheiro(a) falecido(a).

É certo que a reprodução póstuma impedirá o genitor falecido de exercer sua função parental, mas isso não deve levar, necessariamente, à conclusão de que esta função não poderia ser plenamente realizada por outro ente familiar, até mesmo porque, com o novo perfil familiar fundamentado no afeto, o papel de pai ou mãe não deverá ser necessariamente exercido pela figura dos genitores. Por esse motivo, deveria também ser considerada a possibilidade de haver uma família estruturada ao lado do genitor sobrevivente, que supriria o apoio e o afeto do genitor falecido, fundamental no desenvolvimento familiar e na criação desse filho.

Conforme Guilherme C. Nogueira da Gama:

A presença das figuras paterna e materna, na formação da personalidade da criança, como se verifica na Psicologia, é fundamental, mas na realidade não se trata de presença física, podendo as funções de pai e de mãe ser exercidas por pessoas diferentes, como, por exemplo, um tio, um avô, um amigo, entre outros¹⁶⁴.

Mesmo entre os que apoiam a reprodução póstuma, não há dissenso quanto ao ideal representado pela biparentalidade, mas, ao mesmo tempo, que isto não poderia, por si só, afastar o direito à procriação sob o argumento de ter havido um projeto biparental em vida¹⁶⁵. Assim, o projeto parental iniciado quando os genitores se encontravam vivos poderia estender seus efeitos para depois da morte de um deles. E, sob o corolário do melhor interesse do filho,

¹⁶³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*, 2003. p. 81/86.

¹⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 721.

¹⁶⁵ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: **Pessoa humana e direito**. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coords.), 2009, p.. 447.

em se tratando de embrião congelado, defende Juliane Queiroz que não se deveria desconhecer o seu interesse em experimentar “as chances a ele atribuídas pelo nascimento, envoltas às expectativas dos que deram origem ao próprio projeto parental que culminou com a sua própria formação” ¹⁶⁶, em contraposição às possibilidades de destino consistentes no descarte e na entrega para a pesquisa científica.

Fala-se ainda na admissão desta técnica em função do reconhecimento do direito à adoção por pessoa solteira, haja vista que, segundo a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), não importando se a pessoa que postula a adoção é homem ou mulher, assim como também não é relevante o seu estado civil, podendo ser solteiro, casado, divorciado etc. A legislação exige apenas que o adotante tenha mais de 18 anos, seja no mínimo 16 anos mais velho que o adotado e capaz de oferecer um ambiente familiar adequado¹⁶⁷.

Por fim, com o reconhecimento constitucional da família monoparental e do princípio da igualdade entre as entidades familiares, poderia ser admitida a reprodução humana assistida *post mortem*, sob o fundamento de que a legislação não restringe a proteção do Estado à origem da monoparentalidade. A redefinição do conceito de família impõe o reconhecimento do núcleo de indivíduos fundado em relações afetivas, independentemente de seu tamanho e componentes, como uma família. Acrescenta Heloisa Helena Barboza que esta “situação não difere muito das mães viúvas, das mães solteiras ou

¹⁶⁶ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida *post mortem*: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 167.

¹⁶⁷ “Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil. § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. **Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

daqueles filhos que mesmo com a paternidade reconhecida são abandonados afetivamente pelo genitor”¹⁶⁸.

De outro norte, aqueles que são contrários à permissão da reprodução humana assistida *post mortem* também não poupam justificativas. De início, pontua-se a questão da uniparentalidade, ou seja, do fato de o filho assim nascido não se beneficiar de uma estrutura biparental de filiação, estando condicionado a uma família monoparental. Em outras palavras, o fato de o filho já nascer órfão de pai ou mãe, o que poderá afetar seu pleno desenvolvimento, na medida em que a paternidade e a maternidade podem ser consideradas como elevados valores sociais¹⁶⁹.

Sobre a importância das figuras materna e paterna, Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Pisano Motta ensinam que tanto o pai quanto a mãe exercem funções específicas em relação à pessoa do filho, com representações que não se confundem. Para essas autoras, permitir que o filho se desenvolva “na total ausência de um representante de cada sexo, produz uma espécie de ‘hemiplegia simbólica’ na criança, pois ela será privada de toda uma relação que tem papel fundamental na sua constituição psicológica normal”¹⁷⁰.

No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite afirma a “real necessidade de identificação masculina e feminina no desenvolvimento de uma criança, sem a qual correrão limitações de todas as ordens, desde a emocional-afetiva até a identificação sexual e o reconhecimento no grupo social”¹⁷¹. Seguindo a mesma linha de raciocínio, este renomado autor conclui em outra obra que “esta é a evidência natural dos fatos. Uma evidência que tende a esquecer atualmente que, se se desejam crianças felizes, não se pode pensar em crianças decorrentes de famílias monoparentais, onde, desde o início, só há um representante, o pai, ou a mãe”¹⁷². Ocorre que, com o novo perfil

¹⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. 1993, p. 37/38.

¹⁶⁹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**, 2007, p. 59.

¹⁷⁰ MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas**, 1995, p. 346-357.

¹⁷¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais no interesse das crianças. In: **Grandes temas da atualidade: adoção, vol. 4**. LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.), 2005. p. 137.

¹⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 140.

democrático da família, esses papéis parentais estão cada vez mais se entrelaçando e sendo compartilhados, não havendo que se falar mais em funções estaticamente delineadas, motivo pelo qual, apesar de, a princípio, sermos contrários à reprodução póstuma, não estamos de acordo com esta fundamentação.

Ademais, à introdução de um novo ser humano no mundo emerge a finalidade mais relevante da família: a solidariedade, consistente na transmissão de valores culturais e na proteção de seus membros. Dessa solidariedade seria necessária a observância ao dever de assistência que cabe aos pais, e não apenas a um único membro do casal, no que diz respeito à pessoa dos filhos. Essa assistência, que não é relativa apenas ao aspecto econômico, mas, acima de tudo, aos aspectos emocional, afetivo e psíquico do filho, é fundamental para que este possa desfrutar de condições indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento. E, no caso de reprodução póstuma, não haveria como não se reconhecer que o genitor falecido estaria se desresponsabilizando do projeto parental em relação ao filho gerado após o seu óbito.

Interessante trazer a lume a observação feita por Luciana Brasileiro que, apesar de analisar a questão sob o prisma da concretização do projeto parental unilateral pela mulher solteira, também poderia se adequar à procriação póstuma.

Assim, é paradoxal estarmos vivenciando um momento de incentivo à convivência familiar de forma plena, ainda que em situação de separação dos pais, com a priorização da guarda compartilhada, por exemplo, e, em caminho oposto, cogitarmos a possibilidade de procriação para a satisfação de um desejo individual¹⁷³.

Por mais que se reconheçam os direitos reprodutivos e a liberdade para que as pessoas desenvolvam amplamente a sua afetividade e encontrem a felicidade, na qual está inclusa a liberdade de planejamento familiar, é preciso questionar qual o limite para o atingimento deste fim. Não se pode negligenciar que a capacidade de autodeterminação, decorrente da liberdade procriativa, só existirá para o genitor sobrevivente que decide se submeter a um procedimento de reprodução *post mortem*, nunca para o filho que, ao nascer, não tem a

¹⁷³ BRASILEIRO AUTO, Luciana da Fonseca Lima. **Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito**. Dissertação de mestrado (2013), p. 59.

opção de ter ou não ter pai¹⁷⁴. Por esse motivo, aqueles que se posicionam contrários à monoparentalidade programada afirmam que, mesmo que existam crianças órfãs, esta situação deveria ser encarada a partir de um fato inevitável e não da sua busca deliberada através da reprodução póstuma.

Não se hesita em afirmar que não se pode falar em um “direito ao filho”, pois, se assim fosse, estaríamos consentindo numa coisificação do ser humano. Adverte Helena Figueiredo que “ninguém tem o direito de ter uma pessoa como se fosse uma coisa. Há a instrumentalização dos filhos quando estes são desejados por egoísmo, narcisismo e autoafirmação, ou para satisfazer as necessidades dos pais”¹⁷⁵. O filho nunca poderá ser considerado um reles bem usado para servir à satisfação das necessidades dos indivíduos. Nesse sentido, complementa Olga Krell, “o direito a procriar nunca pode se tornar apenas objeto instrumentalizador da felicidade e realização dos pais”¹⁷⁶.

O direito à procriação deveria, por esse prisma, cessar com a morte de seu titular, impedindo-se a utilização de seu material genético para concretizar um projeto parental do qual não mais fará parte. Como ensina Ana Paula Guimarães, “em vez de invocado o ‘direito à paternidade’, falar-se-ia, com mais propriedade, no ‘direito a perpetuar-se’, ‘a ultrapassar, por meios artificiais, a vida do progenitor biológico’”, pois o fornecedor do material genético nunca irá viver a experiência da parentalidade¹⁷⁷.

Em outras palavras, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a reprodução com o material genético daquele que faleceu, em razão das consequências que o uso *post mortem* alcançaria relativamente ao ente que viesse a nascer. Há de se respeitar o limite da vida. Neste ponto, preciosa a lição de Carlos Alberto Bittar:

O homem deve respeitar a natureza, a vida humana e seus limites e os valores que, ínsitos em sua personalidade, lhe possibilitam uma experiência moral e compatível em sociedade. Daí, a satisfação de caprichos pessoais e de anseios egoísticos deve, sempre, ceder à prudência, à cautela e ao respeito aos valores maiores do Homem e da Sociedade,

¹⁷⁴ BRASILEIRO AUTO, Luciana da Fonseca Lima. **Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito**. Dissertação de mestrado (2013), p. 54.

¹⁷⁵ FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. **A procriação medicamente assistida e as futuras gerações**, 2005 p. 69.

¹⁷⁶ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**, 2012, p. 120.

¹⁷⁷ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**, 1999, p. 37.

que a tanto custo pode o ser humano detectar e alcançar na presente quadra de sua evolução¹⁷⁸.

Não se deve esquecer que se as técnicas de reprodução humana assistida forem encaradas como uma terapia de combate à esterilidade, à infertilidade e à transmissão de doenças, e não como um novo meio de procriação colocado à disposição de todos os que pretendem, em qualquer circunstância, ter filhos, não há como reconhecer legitimidade a essa técnica em função desses limites à liberdade procriativa.

Não obstante, defendemos a aceitação, em caráter excepcional, do procedimento com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, inclusive no que diz respeito à monoparentalidade programada, desde que não seja resultante da utilização de material genético de pessoa morta que mantinha envolvimento afetivo com o genitor sobrevivente. Nesse sentido, a existência de famílias monoparentais, sua proteção e a das pessoas que a formam¹⁷⁹, não significa a admissão de sua constituição voluntária por meio da reprodução humana assistida *post mortem*.

Da mesma forma, a permissão de adoção unilateral não legitimaria, por si só, o acesso de uma pessoa sozinha à procriação assistida, por meio da utilização de material fecundante de outra já morta. Regina Beatriz Tavares da Silva, justificando tal assertiva, afirma que “enquanto a procriação ou reprodução assistida procura colocar um ser humano no mundo, a adoção tem em vista regularizar situação de fato preexistente ou, também em muitas vezes, abrigar um ser humano que está abandonado”¹⁸⁰. De fato, a adoção é um instituto primordialmente solidário, cuja preocupação maior é resgatar do desamparo uma criança já nascida, e não a satisfação do desejo de ser pai e/ou mãe daquele que adota.

Por derradeiro e como ponto mais relevante da temática, destacamos que o filho não pode servir apenas como um continuador do morto,

¹⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial. In **Revista dos Tribunais nº 696**, out 1993, p. 277-278.

¹⁷⁹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

¹⁸⁰ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: **Grandes temas de direito de família e sucessões, volume 2**. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.), 2014, p. 23.

restringindo-se a um papel subalterno de, simbolicamente, dar continuidade a uma vida conjugal prematuramente desmanhada¹⁸¹. Por esse motivo, questiona Olga Krell se a razão de se gerar um filho de pai ou mãe morta não seria senão o desejo de perpetuar a pessoa falecida nessa criança¹⁸². Relevante, portanto, questionar até que ponto essa criança tão desejada pelo genitor sobrevivente não é, acima de tudo, uma tentativa de preencher o vazio deixado pela perda do parceiro morto prematuramente. Será que devemos concordar com o risco de se conceberem “crianças terapêuticas”¹⁸³, com a finalidade de curar a angústia do luto por que passa um dos seus genitores? O filho assim concebido poderia, portanto, se converter num objeto de recordação ou “herança” do ausente querido¹⁸⁴.

Seguindo esta linha de raciocínio, alertam Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão de França que

a autorização do marido justificaria os interesses egoísticos de uma mulher para gerar um filho a fim de “compensar” o luto da perda marital. O interesse que prepondera é o da viúva e de seus familiares, que movidos pelo sofrimento da perda, procuram em tal técnica um meio de “ressuscitar” o *de cujus*¹⁸⁵.

Por esse motivo, mesmo quando existente a autorização do titular do material genético para concretizar seu desejo de ter um filho a qualquer custo, ainda que após sua morte, é forçoso se questionar se o processo de subjetivação dessa criança não corresponderia a uma “negação maníaca da morte”¹⁸⁶.

Prova do que aqui afirmamos ficou patente num caso noticiado pela mídia brasileira, no ano de 2010, quando uma família pretendeu obter autorização para inseminação artificial *post mortem* com material armazenado de pessoa em coma e que tinha acabado de sofrer morte cerebral. No caso em

¹⁸¹ GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**, 2007, p. 59.

¹⁸² KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**, 2012, p. 188.

¹⁸³ GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**, 1999, p. 39.

¹⁸⁴ BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**, 2010, p. 52.

¹⁸⁵ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**, 2002.

¹⁸⁶ QUAYLE, Julieta M. B. R.; DORNELLES, Lia M. N. **Monoparentalidade programada e reprodução assistida: da “produção independente” à utilização do sêmen *post mortem***. In: Revista Mudanças – Psicologia da Saúde nº 23, 2015, p. 38.

tela, não havia consentimento expresso do falecido para fins de utilização póstuma do seu material genético, razão pela qual sua noiva e seus pais buscaram judicialmente a autorização para a consumação da inseminação. Em depoimento, a noiva falou sobre sua pretensão, afirmando que “você perde a pessoa que você ama, e naquele momento você pode *decidir que uma parte dele pode continuar*, uma parte de nossos sonhos, o único a que pode ser dada continuidade” (grifo nosso)¹⁸⁷. Resta clara, nesse discurso, a tentativa de preenchimento do luto, de compensar a dor da perda a qualquer preço.

Não há que se esquecer, ainda, a possibilidade de este filho póstumo também vir a ser perseguido com estrita finalidade econômica, buscando o genitor sobrevivente “fabricar possíveis herdeiros”¹⁸⁸, justificativa que interessa à finalidade desta pesquisa. Por esse prisma, o único benefício decorrente do vínculo jurídico com o pai e/ou mãe falecido(a) anteriormente à sua concepção seria a possibilidade de o filho vir a auferir vantagem econômica do patrimônio do *de cujus*, desvirtuando-se o sentido e a finalidade da relação de parentalidade.

Corroborando este entendimento contrário à procriação póstuma, na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foram sugeridas modificações ao art. 1.597 do Código Civil de 2002. De acordo com o Enunciado nº 127, há proposta de alteração do inc. III do mencionado dispositivo, para constar apenas “havidos por fecundação artificial homóloga”, excluindo-se a parte que menciona “ainda que falecido o marido”. A justificativa para essa mudança legal apontou para a necessidade de observância dos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, não sendo “aceitável o nascimento de uma criança já sem pai”.

E mais, segundo o Enunciado nº 128 do CJP/STJ, deve-se revogar o inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, justificando-se a supressão dessa regra pelo fato de, após a dissolução do relacionamento, a autorização de utilização de embriões excedentários tornar-se-á, em regra, fonte de desnecessários litígios. Ademais, em razão de não haver algum dispositivo no

¹⁸⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Inseminação *post mortem* e a resolução nº 1.957/2010 do conselho federal de medicina: do equívoco ético ao comprometimento jurídico. In: **Bioética e direitos fundamentais**. GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (org.), 2012, p. 203/205.

¹⁸⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**, 2012, p. 188.

Código Civil de 2002 que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, fazendo com que somente a mulher possa se valer dos embriões excedentários, tal situação acabaria por ferir de morte o princípio da igualdade esculpido no *caput* e no inciso I do artigo 5º da Constituição da República.

Do mesmo modo, o Projeto de Lei 470/2013, denominado Estatuto das Famílias, pretende fazer idênticas alterações no sentido de suprimir qualquer possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, somente atribuindo a presunção de parentalidade quando a fecundação ocorrer em vida dos genitores:

Art. 82. Presumem-se filhos:

I – os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção;

II – os havidos por inseminação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor;

III – os havidos por inseminação heteróloga, realizada com prévio consentimento livre e informado do cônjuge ou companheiro, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento¹⁸⁹.

Por fim, em que pese nossa declarada postura a favor da prioritária vedação à prática da reprodução humana assistida *post mortem*, qualquer que seja a técnica adotada ou origem do material genético, não podemos desprezar o seu enfrentamento. Por esse motivo, devemos voltar à distinção entre duas realidades dentro da reprodução póstuma, quais sejam: a fecundação *post mortem* de gameta criopreservado e a transferência *post mortem* de embrião que fora unido ainda em vida, visto haver valores diferenciados em cada uma dessas situações, cujos reflexos serão delineados nos próximos capítulos, com ênfase na análise dos seus efeitos hereditários. Para tanto, serão apresentados os problemas e as possíveis soluções jurídicas a fim de direcionar a utilização desta peculiar técnica de procriação assistida.

¹⁸⁹ **Projeto de Lei nº 470/2013 (Estatuto das Famílias)**. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf.

3 REFLEXOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO CIVIL

Desde o final da década de 1970, com o nascimento de Louise Brown, a procriação humana deixou de ter relação necessária com o exercício da sexualidade. Os avanços na área de biotecnologia permitiram contornar problemas com a infertilidade, possibilitando a transmissão da carga genética dos pais para seu filho a partir da manipulação laboratorial das células germinativas daqueles e, de outro norte, suplantando a esterilidade mediante o auxílio ao material fecundante de um doador anônimo.

Esta revolução na reprodução humana acabou por produzir implicações sérias nas ciências humanas e sociais, em que pese o Direito, como ciência social, não estar conseguindo acompanhá-la na mesma velocidade. Reflexo desta constatação é que a legislação brasileira não conceitua, não regulamenta e tampouco oferece soluções quanto aos efeitos da reprodução humana assistida, tratando-a apenas superficialmente no Código Civil de 2002 no que diz respeito ao aspecto da parentalidade conjugal presumida, sem adentrar, por exemplo, no plano dos direitos sucessórios, um dos efeitos decorrentes do estado de filiação.

Cabe destacar, de início, que o Código Civil em vigor é fruto de um projeto de lei apresentado no ano de 1975, época em que as discussões jurídicas no Brasil sobre a reprodução humana assistida ainda eram incipientes. Durante sua tramitação, que durou 27 (vinte e sete) anos, diversas transformações políticas, econômicas, sociais e científicas exigiram a reformulação de várias regras projetadas, inclusive no que diz respeito às novas realidades jurídico-familiares, motivo pelo qual foi incluída a menção expressa às técnicas de procriação assistida por meio de emenda no Senado Federal no ano de 1984.

O vago tratamento da matéria no Código Civil de 2002 foi proposital e justificado pela necessidade de sua regulamentação em lei especial diante de sua especificidade, que transcenderia o campo de atuação do Direito Civil, em que pese o próprio relator-geral da Comissão Especial do Código Civil, o professor Miguel Reale, reconhecer que a redação final do art. 1.597 poderia trazer problemas para a legislação futura, numa clara admissão do caráter

inadequado, insuficiente e excludente do texto codificado¹⁹⁰. Este entendimento acabou sendo referendado pelo Enunciado nº 2 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual, “Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é a sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”¹⁹¹.

Ainda que tenha sido opção do legislador não tratar de temas suficientemente amadurecidos e que a edição de eventual legislação própria não tivesse como esgotar o tratamento de temática tão complexa, até mesmo porque os avanços médico-científicos são incessantes, é reconhecida a premente necessidade do estabelecimento de parâmetro jurídico sobre temática tão polêmica. Embora tenham sido propostos inúmeros projetos de lei desde o ano de 1993, nenhum deles chegou ao fim do seu trâmite legislativo.

Eventual disciplina legal da matéria existente se dá apenas sobre aspectos pontuais, tal qual a Lei 11.105/2005, que disciplina o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica. O campo médico, por sua vez, mostra-se mais atento ao tema, dispondo interpretações próprias sobre a questão desde 1992, por meio das Resoluções do Conselho Federal de Medicina¹⁹², as quais servem de norte à interpretação jurídica.

A reprodução humana assistida exige, claramente, uma reformulação na compreensão e na interpretação de várias categorias do Direito Civil brasileiro, em razão da modificação dos paradigmas que há muito norteiam esse ramo do saber jurídico, porquanto a dinâmica da ciência relativizou os conceitos já consolidados no mundo jurídico, especialmente, para os fins desta pesquisa, aquele referente ao momento da concepção do ser humano.

No intuito de esclarecer algumas questões complexas que o tema apresenta, esta pesquisa buscará aprofundar o estudo quanto à delimitação do conceito de nascituro diante da nova compreensão do ser humano a partir das técnicas de reprodução assistida, assim como analisar o impacto das

¹⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código civil. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p. 1.262/1.267.

¹⁹¹ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>.

¹⁹² Resoluções nº 1.358/1992, nº 1.957/2010, nº 2.103/2.013, nº 2.121/2015 e, finalmente, a nº 2.168/2017, que se encontra em vigor.

modernas tecnologias reprodutivas no aspecto da filiação. Atentos a essa nova realidade, em que pese a reprodução humana assistida possa trazer a lume outras tantas questões jurídicas complexas, nos ateremos a analisar somente tais aspectos, por entendê-los relevantes ao estudo dos direitos sucessórios do filho concebido e/ou implantado após a morte do seu genitor.

3.1 A (des)necessidade de reformulação do conceito de nascituro em face da reprodução humana assistida

É inegável que a investigação sobre os critérios que buscam definir o conceito de concepção para o Direito, especialmente após a conquista científica que permitiu a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método científico-laboratorial, apresenta fatores pré-jurídicos, pressupondo conhecimento alheio ao Direito e afeto às ciências biológicas. Tal circunstância, todavia, não pode servir como desculpa ou empecilho ao enfrentamento da matéria, já que o Direito existe como razão de regular e ordenar a vida do homem em sociedade, sendo imprescindível o estudo e a compreensão da dimensão humana em todos os seus aspectos, a fim de delimitar a esfera de seus direitos e deveres, inclusive aqueles que incidem antes do seu nascimento ou após a sua morte.

Ressalte-se, desde logo, que nossa intenção não se trata propriamente de definir o momento do início da vida do ser humano, de sua individualidade ou de sua personalidade jurídica, mas sim em que momento do ciclo vital o sistema jurídico decidirá dar ao ente biológico o *status* de nascituro, assegurando-lhe todos os direitos advindos desta condição, inclusive os de natureza patrimonial decorrentes da sucessão póstuma.

O art. 2º do atual Código Civil é claro ao declarar a garantia de direitos ao ente jurídico nascituro desde a sua concepção, repetindo, em linhas gerais, a redação do Código Civil de 1916, tendo apenas substituído o termo “homem” por “pessoa”¹⁹³. O conceito de nascituro compreende o ser já concebido, mas ainda não nascido. Ocorre que, como aleta Carneiro Filho,

¹⁹³ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

a semântica de nascituro, conquanto todo o empenho em demarcar as propriedades da palavra, possui uma vagueza potencial que dá abertura à visualização de casos fronteiriços nos quais paira uma incerteza sobre a sua aplicação. Isso ocorre por referir-se o termo à etapa pré-natal do ser humano, a qual vai desde a concepção (instante de problemática fixação), passando pela fase da gravidez, até o nascimento exclusive¹⁹⁴.

Tratando-se de fecundação *in vitro*, em que a manipulação dos gametas humanos se dá externamente ao corpo da mulher, é inevitável, pois, o questionamento acerca da necessidade ou não da implantação do embrião no útero materno para a aquisição da condição de nascituro, ou seja, de pessoa por nascer¹⁹⁵. Em outras palavras, é preciso delimitar o *status* jurídico dos embriões criopreservados.

Antes de travar essa discussão propriamente dita, é preciso explicar, ainda que sucintamente, como funciona o processo biológico de formação de um novo ser. A reprodução humana envolve a união de duas células sexuais ou gametas: o óvulo ou oócito, a célula germinativa feminina, e o espermatozoide, a masculina. Os gametas são as únicas células humanas haploides, ou seja, compostos, cada um, com apenas 23 cromossomos, para que, caso ocorra a fecundação, se forme o zigoto, uma célula com 46 cromossomos e código genético próprio¹⁹⁶. Depois da fertilização, o zigoto passa a sofrer sucessivas divisões celulares para, então, formar o conceito, conjunto formado pelo embrião e suas membranas.

Na reprodução sexuada, a fixação do embrião na parede do útero ocorre no intervalo entre o sétimo e o décimo quarto dia após a fertilização¹⁹⁷, momento a partir do qual a gravidez pode ser detectada. Em se tratando de fertilização *in vitro*, a transferência do embrião ao útero se dá, preferencialmente, no terceiro dia, ocasião em que o embrião deve ter seis a oito blastômeros, não podendo a sua manipulação ocorrer após o décimo quarto dia posterior à junção dos gametas.

¹⁹⁴ CARNEIRO FILHO, Humberto João. **De persona a pessoa: o reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**, 2013, p. 41.

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 130.

¹⁹⁶ SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade**, 2013, p. 76.

¹⁹⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 147.

Feitos esses esclarecimentos, a polêmica sobre a questão da delimitação do conceito de nascituro foi, de forma precisa, resumida por Maria Berenice Dias da seguinte forma:

Há quem sustente que a lei, ao falar em “pessoa já concebida”, não distingue o *locus* da concepção e não impõe que esteja implantado, exigindo apenas e tão somente a concepção. No entanto, outros afirmam que não há como deixar de reconhecer que a concepção a ser protegida é quando o embrião já se encontra implantado no aparelho reprodutor da mãe. Somente a partir desse instante passam a ser resguardados seus direitos potenciais do nascituro. Afinal, nascituro significa “o que há de nascer”. Antes da implantação o embrião excedentário não tem qualquer possibilidade de nascer, não sendo razoável considerá-lo como nascituro antes da transferência para o útero¹⁹⁸.

Um primeiro critério do conceito jurídico de nascituro, portanto, levaria em conta o seu sentido mais tradicional, ou seja, o momento da implantação do embrião no útero de uma mulher, pois esse seria um estágio crítico ao seu desenvolvimento. A nidação, momento em que o embrião se fixa à mucosa uterina, traça o início da gravidez, constituindo um marco indispensável relativamente à possibilidade de o embrião continuar a evoluir¹⁹⁹, já que é do endométrio que começará a receber os nutrientes necessários à sua evolução e crescimento. Enquanto continua *in vitro*, o embrião não tem possibilidade alguma de se desenvolver até atingir sua autonomia, pois se encontra com a vida em suspenso, uma vez que sua atividade metabólica foi interrompida pelo congelamento.

A sempre atual lição de Pontes de Miranda ensina que “nascituro é o concebido ao tempo em que se apura a existência intrauterina de quem pode nascer com vida”²⁰⁰. Essa possibilidade de nascer com vida revela-se mais concreta em relação ao embrião implantado, na medida em que basta aguardar o período de gravidez para sua materialização, ao passo que em relação ao embrião *in vitro*, o nascimento encontra-se sujeito, entre outros fatores, à vontade de algum interessado no desenvolvimento do novo ser, podendo este permanecer indefinidamente apenas como uma potencialidade.

Lincoln Frias assim leciona:

¹⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 397.

¹⁹⁹ FÉO, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano**, 2010, p. 43.

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo LVIII**, 1973, p. 11.

Os embriões surgidos da reprodução natural (supondo que tenham o potencial para se desenvolver e que sejam dadas as condições uterinas adequadas) se desenvolverão, a não ser que alguém interfira no processo. Os embriões em laboratório estão em uma situação inversa aos embriões no útero: o embrião no útero se desenvolverá, a menos que haja interferência externa em seu desenvolvimento; o embrião no laboratório não se desenvolverá, a menos que haja interferência externa em seu desenvolvimento. Isso mostra que o potencial do embrião *in vitro* é diferente do potencial do embrião *in vivo* porque o primeiro precisa da ação de alguém para realizar seu potencial²⁰¹.

Ainda na mesma linha de pensamento, aduz Paulo Lôbo que “nascituros são os seres humanos que se desenvolvem no ventre feminino. Sua existência, para os fins do direito civil, tem início com a implantação uterina efetiva, por meios naturais ou artificiais, e se encerra quando nasce com vida ou morto”. Complementa o mencionado autor enfatizando que o Código Civil de 2002 faz distinção entre concepção e fecundação ou inseminação, motivo pelo qual, enquanto não ocorrer a nidação, o embrião fecundado *in vitro* não poderá ser considerado legalmente concebido.

Assim é porque embriões que o Código Civil considera excedentários, ainda que tenham sido fecundados *in vitro* antes da morte do *de cujus*, podem jamais ser transferidos para o útero da mulher, ou ser transferidos sem haver gravidez, ou ser considerados inviáveis, ou haver divergência quanto a sua utilização devido a separação ou divórcio do casal²⁰².

A nidação proporcionaria, portanto, uma perspectiva ao desenvolvimento do ser humano, sem a qual o embrião não poderá vir a nascer e ter existência autônoma. Sobre o tema ainda discorrem Carlos Lothar Hoch e Karin Wondracek:

É extremamente alta a quantidade de óvulos fecundados que não chegam a se alojar no útero. Estimativas variam entre 40% a 70% de zigotos que se perdem no trajeto. A nidação, pois, encerra um processo de rigorosa seleção. Caso todos esses óvulos fecundados, normalmente abortados sem tomada de conhecimento por parte da mulher, devessem ser considerados seres humanos em sentido integral, tratar-se-ia nessa seleção de uma tragédia humana de gigantescas e singulares

²⁰¹ FRIAS, Lincoln. **A ética no uso e da seleção de embriões**, 2012, p. 78/79.

²⁰² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 111.

proporções. Deveria ser deplorado verdadeiro “genocídio natural”, com diariamente milhares e milhares de vítimas²⁰³.

Corroborando tal entendimento, Heloísa Helena Barboza opina que para adquirir a qualidade de “nascituro” o embrião careceria da constatação de sua viabilidade, que somente existiria a partir de sua nidação no útero materno, único ambiente capaz de permitir a sua maturação até se tornar apto à vida extrauterina²⁰⁴.

A despeito de concordar com que o fato de estar no útero materno não ser garantia de pleno desenvolvimento e nascimento com vida do nascituro, pois sua viabilidade não tem marco delimitado cientificamente, estando na dependência de sucessivas transformações no curso do seu desenvolvimento até atingir sua completa autonomia, filiamo-nos a essa teoria por entendermos que ela apresenta mais segurança quanto à sua incidência e seus efeitos, bem como por apresentar mais coerência com o ordenamento jurídico, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

Ainda que se argumente acerca da existência de pesquisas sobre o desenvolvimento de um útero artificial²⁰⁵ que, em um futuro próximo, poderá recriar todas as condições para o embrião se desenvolver fora do corpo humano, em ambiente artificial, mantemos nosso posicionamento no que diz respeito à necessidade de implantação do embrião para fins de conferir-lhe o *status* de nascituro.

Tendo em vista que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, assim como há possibilidade de seu descarte ou destruição, César Fiuza pondera que o embrião criopreservado não pode ser considerado nascituro, embora nele haja vida humana, em razão de não se tratar de um ser que está para nascer, de modo que somente poderá se considerar nascituro o embrião que tenha por fim o nascimento e não a

²⁰³ HOCH, Lothar Carlos; WONDRACEK, Karin H. K. **Bioética: avanços e dilemas numa ótica interdisciplinar do início ao crepúsculo da vida**, 2006, p. 17.

²⁰⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***, 1993, p. 83.

²⁰⁵ BERNARDO, Karla. **Útero Artificial: O atual desafio científico da Reprodução Assistida**. Extraído de: http://www.ghente.org/temas/reproducao/utero_artificial_1.htm

morte²⁰⁶. A qualidade de nascituro não poderia ser construída sem o cômputo da realidade biológica e de sobrevivência do embrião, revelada pelas condições que possibilitam ou não a continuidade da sua existência²⁰⁷. Por esse motivo, o ente concebido por meio de fertilização extracorpórea não pode ser considerado imediatamente um nascituro.

Havendo fertilização *in vitro*, pois, será preciso distinguir a figura do embrião e a do nascituro, entendendo-se esse último apenas como o ser já em gestação, sem que, com isso, não seja conferida ao embrião uma tutela particular, mas desvinculada dos conceitos existentes. Em resumo, nascituro deve ser entendido exclusivamente como “ente já concebido (quando já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozoide, formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido”²⁰⁸.

Um segundo critério compreenderia que a concepção ocorre com a fecundação, na medida em que a união entre óvulo e espermatozoide dá início a uma nova combinação de genes, a um indivíduo que recebeu a carga genética de seus genitores, mas que possui um código genético único capaz de desenvolver-se até tornar-se uma pessoa propriamente dita²⁰⁹. Se no momento da fecundação o espermatozoide e o óvulo deixam de existir para formar o zigoto, fazendo com que o que eram duas entidades distintas se transforme em apenas uma com propriedades singulares, a partir desse momento o embrião deveria ser considerado um nascituro.

Carolina Ferraz ensina:

O embrião humano não é mais espermatozoide ou óvulo, mas um ser humano completo, tendo em vista que nada mais essencial à sua constituição lhe será acrescentado após a concepção. O novo ser já está formado com toda a gama de informações genéticas/moleculares independentes, operando

²⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**, 2008, p. 318.

²⁰⁷ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 142.

²⁰⁸ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 215.

²⁰⁹ RAMOS, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire. **Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia**, 2015, p. 52.

em unidade, com uma individualidade biológica e identidade humana²¹⁰.

A unicidade genética do embrião é considerada tendo em vista que metade de seus cromossomos foi originada da mãe e a outra metade do pai, fazendo com que ele seja o resultado de uma nova combinação diferente das células de seus pais. Tenha a fecundação ocorrido dentro do organismo humano ou extracorporeamente, a partir da fusão do material genético dos gametas, o fato é que já teria ocorrido a concepção de um novo ser humano, não havendo que se falar em qualquer distinção do embrião *in vivo* ou *in vitro*. Nascituro, portanto, permaneceria sendo o ser concebido ainda não nascido, mas sem que faça distinção alguma entre o *locus* da concepção²¹¹. O termo nascituro serviria, então, para designar todas as realidades humanas anteriores ao nascimento, desde o momento da concepção.

Cristiane Bauren Vasconcelos afirma, contudo, que essa suposta crise conceitual é meramente aparente, devendo o termo nascituro ser compreendido em seu significado atual, ou seja, englobando a hipótese do embrião *in vitro*, ainda que na ocasião da edição do texto legislativo o termo compreendesse apenas o ser concebido *in utero*, por não se visualizar a concepção em outro ambiente. Afirma a autora que “importa tão somente alargar a extensão do conceito, acomodando-o às novas evidências desveladas pela ciência médica”²¹², posicionamento com o qual não concordamos.

Contra uma possível categorização ou discriminação dos seres humanos em desenvolvimento, anotam Shirley Mitacoré de Souza e Souza Lima:

Embrião é uma das acepções da palavra *nascituro*. Mas, e se esse *embrião* fosse qualificado? Deixaria ele de ser o que é? *Embrião laboratorial*: eis o adjetivo. Fazendo-se um corte no desenvolvimento do ser concebido exatamente nesta fase, tanto o embrião desenvolvido a partir da concepção em útero materno como o embrião gerado pela concepção em laboratório seriam idênticos em formação e potencialidade, apesar de a “viabilidade” do segundo só existir com a sua

²¹⁰ FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião *in vitro***, 2011, p. 21.

²¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino, 2008, p. 318.

²¹² VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 73.

implantação no útero. Isso o desqualifica como embrião? Distancia-o da gênese humana? Entendemos que não²¹³.

No mesmo sentido, Silmara Juny Chinelatto defende não ser “aceitável criar-se a distinção que alguns pretendem fazer, ao confundir ‘concepção’ com implantação *in vivo* ou *in anima nobile*, negando que o embrião pré-implantatário tenha sido concebido, sem respaldo em lição básica de Genética”²¹⁴. Por essa razão, afirma que o conceito de nascituro deveria ser amplo para poder abarcar tanto o implantado quanto o embrião pré-implantatário. Assim, para os adeptos dessa corrente, o embrião deve ser considerado nascituro, mesmo se estiver numa proveta.

É de se ressaltar que o Conselho Federal de Medicina, de início, posicionava-se de acordo com a teoria concepcionista, pois a Resolução 1.358/1992 proibia o descarte e a destruição de embriões criopreservados. As normas éticas atuais (Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina), contudo, permitem o seu descarte após três anos ou mais de armazenamento, quando for a vontade expressa dos pacientes ou aqueles tiverem sido abandonados, demonstrando nítida adoção da teoria da nidação.

Em consonância com essa previsão, a Lei 11.105/2005 autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia, o que acarretará a destruição do embrião como vida humana em potencial. E restou claro no julgamento que declarou a constitucionalidade do art. 5º desta Lei²¹⁵, que o Supremo Tribunal Federal entendeu haver necessidade de tratamento diferenciado entre o embrião implantado no útero, denominado nascituro, e o não implantado, a que se designou pré-embrião ou mero concepturo. Dito de outra forma, o STF entendeu que a vida humana deve ser tutelada de modo variado em cada

²¹³ SOUZA E LIMA, Shirley Mitacoré de Souza. **Tratamento jurídico do embrião**, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7221/tratamento-juridico-do-embriao>

²¹⁴ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: **Pessoa humana e direito**. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coords.). Coimbra: Almedina, 2009, p. 453.

²¹⁵ **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2008**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>

etapa do seu desenvolvimento biológico, pois os direitos destinados a cada ente (embrião e nascituro) devem ser o reflexo de suas realidades.

Os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional apresentam posicionamentos bastante divergentes no que diz respeito ao assunto. Enquanto os Projetos de Lei 115/2015²¹⁶ e 4.892/2012²¹⁷, com idêntica redação, vedam a produção de embriões supranumerários, prevendo, em caráter excepcional, a possibilidade de sua criopreservação, facultando como seu destino o uso, a adoção ou o envio para pesquisa científica, não sendo permitido, em nenhuma hipótese, o descarte, o Projeto de Lei 1.184/2003²¹⁸, embora também exiba preocupação com a produção de embriões extranumerários, determinando que somente poderão ser produzidos e transferidos até dois embriões a cada ciclo reprodutivo, faculta a pesquisa e experimentação somente com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

Por sua vez, o Projeto de Lei 8.116/2014²¹⁹ afirma que “nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido” e que “o conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos *in vitro*, mesmo antes da transferência para o útero da mulher”. E o Projeto de Lei 478/2007²²⁰ vai além e inclui como nascituros não só os seres humanos concebidos *in vitro*, mas também “os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito”.

De ressaltar, ainda, os Projetos de Lei 2.061/2003²²¹ e 1.135/2003²²², que permitem a criopreservação de “pré-embriões”, determinando apenas genericamente que caberá aos doadores e receptores, no momento da criopreservação, manifestarem-se quanto ao destino que será dado a estes

²¹⁶	Projeto	de	Lei	nº	115/2015.	Disponível	em:
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504						
²¹⁷	Projeto	de	Lei	nº	4.892/2012.	Disponível	em:
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022						
²¹⁸	Projeto	de	Lei	nº	1.184/2003.	Disponível	em:
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275&ord=1						
²¹⁹	Projeto	de	Lei	nº	8.116/2014.	Disponível	em:
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786789						
²²⁰	Projeto	de	nº	478/2007.	Disponível	em:	
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103						
²²¹	Projeto	de	Lei	nº	2.061/2003.	Disponível	em:
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835						
²²²	Projeto	de	Lei	nº	1.135/2003.	Disponível	em:
	http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461						

pré-embriões, podendo-se vir a concluir que a destinação fica à disposição da livre escolha daqueles, desde que prévia e formalmente consignada.

A existência de distintas visões sobre a situação do embrião na reprodução humana assistida acaba por contribuir para que fique cada vez mais latente a necessidade de uma tutela legal específica em situações que, presentes cada vez mais no nosso cotidiano e carregadas de valor, clamam por norma²²³. Faz-se impreterível e urgente a construção do paradigma no Direito sobre o início da vida, ou seja, a definição de um conceito jurídico para a concepção. Deixamos evidente, de antemão, que a adoção por uma ou por outra teoria é uma questão de opção legislativa e deve envolver, além do aspecto científico, critérios éticos, morais, culturais e legais. Por esse motivo, defendemos que a noção jurídica de concepção não deverá ser reduzida a puro fato biológico.

É imperioso ter sempre em mente que o embrião humano, *in vivo* ou *in vitro*, tem natureza biológica humana e esta não se altera em razão da fase de seu desenvolvimento, ou seja, não é ampliada nem diminuída ao longo do tempo de desenvolvimento biológico, que só termina com a morte²²⁴. Qualquer que seja o critério eleito para fins de delimitação do momento da concepção para o Direito, é indiscutível que, desde o zigoto, há um ser humano biologicamente vivente, uma vida diferente do espermatozoide e do óvulo, diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos²²⁵. Dessa forma, o embrião humano existente fora do corpo não pode ser tratado nunca como coisa.

3.2 A filiação a partir da reprodução humana assistida

A filiação pode ser conceituada como a relação jurídica decorrente do parentesco, estabelecida especificamente entre pais e filhos, a partir da qual o filho passa a ser titular do estado de filiação, ao tempo que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e maternidade, respectivamente, em

²²³ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 22.

²²⁴ RAMOS, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire. **Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia**, 2015, p. 70.

²²⁵ FERRAZ, Sergio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**, 1991, p. 47.

relação àquele²²⁶. Em outras palavras, a filiação é o vínculo jurídico que une os parentes da linha reta em primeiro grau.

A partir desta relação são atribuídos reciprocamente direitos e deveres entre o ascendente e seu descendente imediato, tanto de caráter pessoal como de cunho patrimonial, motivo pelo qual se diz que a filiação se apresenta como um conceito relacional²²⁷. Paternidade/maternidade e filiação são verso e reverso do mesmo fenômeno, expressando cada um dos lados do vínculo jurídico que se estabelece entre pais e filhos²²⁸.

A filiação, por muito tempo, foi constituída a partir do conceito jurídico de legitimidade familiar, que definia os limites das titularidades de direitos dos filhos a partir da sua origem, o que só veio a ser definitivamente afastado com base na nova ordem constitucional instaurada em 1988, que trouxe em seu art. 227, § 6º, a prescrição de que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”²²⁹. Por essa razão, fala-se atualmente em uma filiação sem nenhuma adjetivação, utilizada nesta pesquisa apenas para fins didáticos.

Tradicionalmente, a filiação era entendida tão só como o liame de parentesco formado a partir do nascimento do produto de uma relação sexual havida entre os seus pais, ou seja, a relação jurídica que unia uma pessoa àquelas que a geraram, estabelecida pela consanguinidade. Ainda presente em nosso ordenamento, neste tipo de filiação, chamada de biológica, o pai e a mãe são identificados como os genitores do filho. Esta filiação compreende, ao mesmo tempo, o fato natural da procriação e uma relação de direito daí advinda²³⁰, pressupondo a identidade da herança genética dos pais com seu filho, fazendo com que este elo surja desde o início da vida deste.

O critério dos laços consanguíneos, apesar de ter sido o principal preceito no estabelecimento da filiação até pouco tempo, era visto com

²²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, 2004, p. 325.

²²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**, 2016, p. 391.

²²⁸ BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga**, 2010, p. 77.

²²⁹ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

²³⁰ FUJITA, Jorge. **Filiação**, 2009, p. 62.

ressalvas, pois nem todo filho, ainda que possuísse vínculo genético com o pai, era assim reconhecido pelo Direito. Não era suficiente, portanto, gerar um filho; este deveria ser fruto de um matrimônio. Assim, a partir da mencionada ideia de legitimidade familiar, a origem da filiação biológica distinguia os filhos em legítimos, quando oriundos do casamento – única forma de constituição de família reconhecida –, e filhos ilegítimos, que se dividiam em naturais, quando nascidos de pais não casados, mas desimpedidos ao matrimônio; adulterinos, quando havidos de relacionamento concubinário; ou incestuosos, quando advindos de um relacionamento entre parentes impedidos de casar.

Os filhos ilegítimos eram condenados à invisibilidade jurídica, sofrendo os prejuízos e mazelas das escolhas afetivas e procriativas de seus pais. Sobre este aspecto, vale recordar que somente com a Constituição Federal de 1988 foi encerrada de vez essa diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, vedando-se qualquer tratamento discriminatório, independentemente da procedência da filiação, nos termos do § 6º do artigo 227²³¹.

É preciso destacar que, no momento em que a ciência encontrou uma maneira de definir com precisão a parentalidade biológica, por meio do exame de DNA, o Direito passou a considerar que a experiência da paternidade ou maternidade não pressuporia necessariamente a geração do filho, em vista do alargamento do conceito de família, superando os laços sanguíneos para permitir também o estabelecimento da filiação com base num critério psicoafetivo.

O reconhecimento do afeto como valor jurídico fez com que o vínculo de filiação deixasse de ser tão somente um ato físico, para se tornar igualmente um ato de vontade. Pai e mãe passam a ser, também, aqueles que exercem uma função parental. Nesta filiação, denominada de socioafetiva, as pessoas se comportam em suas relações familiares privadas e se apresentam socialmente como se pai/mãe e filho fossem, independentemente de qualquer vínculo biológico.

Como esclarece Fabio Ulhoa Coelho:

A filiação socioafetiva constitui-se pelo relacionamento entre um adulto e uma criança ou adolescente, que, sob o ponto de vista das relações sociais e emocionais, em tudo se assemelha

²³¹ PISSETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: Aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**, 2014, p. 49/50.

à de pai ou mãe e seu filho. Se um homem, mesmo sabendo não ser o genitor de criança ou adolescente, trata-o como se fosse seu filho, torna-se pai dele²³².

Em outras palavras, a filiação socioafetiva significa conferir à aparência os efeitos da filiação, revelada pela convivência familiar, motivo pelo qual este vínculo não existe desde o início da vida do filho, sendo construído ao longo do tempo pelo relacionamento afetivo. Ou seja, a socioafetividade se traduz no comportamento, fazendo com que uma pessoa seja considerada filho por desfrutar de uma situação equivalente a esta²³³, na família e no ambiente social, distinguindo-se a figura do pai e da mãe daquela dos genitores. Nas palavras de Paulo Lôbo, a filiação socioafetiva “é uma combinação suficiente de fatos indicando um vínculo de parentesco entre uma pessoa e sua família a que ela diz pertencer”²³⁴.

A socioafetividade não visa assegurar ao filho tão somente um nome de família, mas, acima de tudo, a relação cotidiana de afeto e assistência capaz, por si só, de justificar e identificar a verdadeira parentalidade²³⁵. Rolf Madaleno chega a afirmar que o real valor jurídico da filiação está na verdade afetiva, que não é sustentada somente na ascendência genética, “porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição”²³⁶, em que pese não haver nenhuma primazia entre a realidade afetiva e a biológica.

A filiação socioafetiva é manifestada por meio da adoção, da posse do estado de filiação e da reprodução humana assistida heteróloga, nos termos do Enunciado nº 103 CJP/STJ, da I Jornada de Direito Civil²³⁷. Nessas três

²³² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 167.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. V**, 2016, p. 426.

²³⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 232.

²³⁵ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho**, 1999, p. 53.

²³⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**, 2013, p. 498.

²³⁷ **Enunciado nº 103**: “Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”. (<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>)

situações, há formação de um vínculo fictício de filiação, na qual os pais trazem para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe era estranha²³⁸.

A parentalidade a partir da socioafetividade deixa, portanto, de ser simples objeto de investigação científica, assumindo a condição de uma aceitação²³⁹, uma assunção da condição de pai e/ou mãe. Por se traduzir em um ato de livre manifestação de vontade, uma vez constituída, esta parentalidade não comporta rompimento ou negação, como aduz o Enunciado nº 339 da IV Jornada de Direito Civil²⁴⁰.

Quanto a esse aspecto, merece destaque trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 932.692/DF, processo em que funcionou como relatora e no qual concluiu que “uma gota de sangue não pode destruir vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser seu pai”²⁴¹.

Por fim, o critério jurídico estabelece a filiação por presunção, também sem necessária correspondência com a realidade biológica, tendo como parâmetro a relação conjugal dos pais. Numa época em que a maternidade era considerada sempre certa, comprovável diretamente pelos traços notórios da gravidez e do parto, e que a paternidade não gozava da mesma evidência manifesta, assim como a comprovação direta da identidade genética em relação à pessoa do filho era impossível, o Direito criou esse mecanismo para proteger os frutos da relação matrimonial. O casamento, nesta hipótese, acaba por fundamentar a indivisibilidade da paternidade e da maternidade nas pessoas dos cônjuges, ou seja, a filiação era objeto de uma crença: a de que o filho concebido durante o matrimônio seria do casal.

É verdade que a filiação pode acontecer sem o casamento, do mesmo modo que no casamento pode não ocorrer a geração de filhos, mas, quando

²³⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Família e Sucessões**, 2010, p. 95.

²³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. V**, 2016, p. 371.

²⁴⁰ **Enunciado nº 339**: “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. (<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>)

²⁴¹ **REsp nº 932.692/DF**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2491121/recurso-especial-resp-932692-df-2007-0052507-8/inteiro-teor-12221254?ref=juris-tabs>

presentes os filhos matrimoniais, a intenção do legislador, a partir do sistema de presunções, foi garantir e facilitar o seu reconhecimento jurídico, ao permitir que o registro da criança pudesse ser feito por iniciativa exclusiva da mãe, bastando que apresentasse prova de seu casamento. Esse sistema de presunções que possibilitou o estabelecimento da paternidade na pessoa do marido da parturiente foi constituído, em princípio, para fins de proteção do patrimônio adquirido pela família construída a partir de um matrimônio, impedindo ameaças à paz familiar caso a criança pudesse ser reconhecida como filho de outro homem.

Segundo Rolf Madaleno:

Presunções são convencimentos antecipados que se generalizam por razões de ordem pública, baseadas na experiência e nas regras de probabilidades, nas quais o legislador substitui o juiz ao atribuir efeitos probatórios a certos fatos, passíveis de serem desmentidos²⁴².

Explica Flávio Tartuce que esta presunção se dá em razão de uma ficção jurídica baseada na exclusividade sexual dentro do casamento, o que significa dizer que nunca foi o estado de filiação que foi presumido pela lei, mas o dever de fidelidade dos cônjuges, na medida em que o estabelecimento de relações familiares deveria se submeter a limitações e interdições ao desejo, ainda que não se averiguasse a sua concreta efetividade²⁴³. Advirta-se que, embora o dever de fidelidade tenha sido imposto ao casal, este sempre foi cobrado socialmente apenas da mulher, sendo a infidelidade masculina enaltecida como manifestação de sua virilidade, e apenas daquela advinha a consequência jurídica da presunção de filiação²⁴⁴.

Em que pese o art. 1.597 do Código Civil de 2002 estabelecer o critério da presunção de filiação apenas à relação matrimonial, defendemos o cabimento de sua incidência também em relação à união estável, afinal, se esta norma advém da presunção de contato sexual exclusivo durante o casamento, tal critério também deve ser aplicado aos conviventes, não obstante incida sobre esta relação o dever de lealdade e não o de fidelidade. Estes deveres, apesar de serem nomeados diversamente, partem da mesma

²⁴² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**, 2013, p. 590.

²⁴³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**, 2016, p. 388.

²⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**, 2016, p. 173.

premissa: a confiança, o respeito e o comprometimento afetivo em relação ao parceiro.

Acreditamos não haver justificativa razoável para a distinção entre os filhos advindos do casamento ou da união estável, já que ambas são entidades familiares constitucionalmente protegidas e em razão de a norma insculpida no art. 226, § 3º, da Carta Magna vedar o tratamento discriminatório entre filhos, qualquer que seja a sua origem, “havidos ou não da relação de casamento”²⁴⁵. O novo perfil da filiação constitucionalizado demanda que o intérprete proceda a uma releitura das normas infraconstitucionais, compatibilizando-as com estes novos valores constitucionais, enfocando a proteção na pessoa do filho e nas famílias funcionalizadas em razão dele, afastando-se restrições a respeito do estabelecimento formal da parentalidade que não atenda aos seus interesses. Por esse motivo, o Enunciado nº 570 da VI Jornada de Direito Civil reconhece esse efeito da presunção para os que vivem em união estável²⁴⁶. E mais, não haveria impedimento à aplicação da norma do art. 1.597 do Código Civil de 2002 por analogia, visto não se tratar de norma restritiva de direitos ou de exceção²⁴⁷.

Em se admitindo a extensão dos efeitos da presunção de filiação à união estável, entretanto, tendo em vista que a relação matrimonial se torna certa a partir de sua celebração e prova-se mediante certidão de casamento, é necessário que a prova do início da relação convivencial esteja previamente constituída, por qualquer prova em direito admitida²⁴⁸.

Sem embargo, já existe proposta legislativa que pretende introduzir previsão expressa a respeito da presunção de filiação na relação convivencial²⁴⁹, embora, desde 2012, haja decisão do Superior Tribunal de

²⁴⁵ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

²⁴⁶ “Enunciado 570: O reconhecimento de filho havido em união estável, fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga ‘a patre’ consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira”. **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

²⁴⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**, 2016, p. 414.

²⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**, 2016, p. 405.

²⁴⁹ “Art. 82. Presumem-se filhos: I – os **nascidos durante a convivência** dos genitores à época da concepção; (...) III – os havidos por inseminação heteróloga, realizada com prévio consentimento livre e informado **do cônjuge ou companheiro**, manifestado por escrito, e

Justiça reconhecendo a extensão dos efeitos deste dispositivo para além do casamento²⁵⁰. Acrescente-se o advento da Lei 13.112/2015²⁵¹, que conferiu à mulher, em igualdade de condições, o direito de proceder ao registro de nascimento do filho, indicando o nome do pai, independentemente de seu estado civil, bem como do Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça²⁵², que autorizou o registro do filho por qualquer dos pais, estejam eles casados ou vivendo em união estável, bastando apresentar a certidão de casamento e a escritura ou sentença de reconhecimento de união estável, o que, no nosso entender, acaba por esvaziar o sentido dessa discussão.

Em crítica a esse sistema de presunções, Cristiano Chaves de Farias assevera que a possibilidade de identificação da filiação com precisão absoluta em face das descobertas científicas e ante a pluralidade de manifestações afetivas, afasta a razoabilidade do estabelecimento de uma relação parental por presunção quando é possível ter convicção jurídica de sua origem, seja ela biológica, socioafetiva ou qualquer outra²⁵³. Belmiro Pedro Welter chega a defender que as três verdades da perfilhação restam sem objeto, pois a filiação decorrente das presunções foi banida do ordenamento jurídico diante da unidade da filiação e da certeza científica do DNA, restando apenas as filiações genética e afetiva²⁵⁴.

Com relação às hipóteses de presunção, os incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 dizem respeito à filiação decorrente de procriação natural, em que os filhos são gerados por meio de relações sexuais entre os cônjuges ou companheiros. Nestas, é de suma importância averiguar se a

desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento". (grifo nosso). **Projeto de Lei nº 470/2013.** Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf.

²⁵⁰ **REsp 1.194.059/SP.** Extraído de: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056?ref=juris-tabs>.

²⁵¹ **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13112.htm

²⁵² **Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>

²⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas**, 2013, p. 191.

²⁵⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**, 2004, p. 66-67.

concepção do filho se deu enquanto vigia o casamento ou união estável²⁵⁵, ainda que o nascimento se dê após o seu rompimento, levando-se em conta o interregno mínimo e máximo da gestação. Embora, a princípio, estas situações pareçam imunes às transformações impostas pela biotecnologia, esta conclusão não se mostra correta. Já as três últimas situações de presunção, dos incisos III a V, não previstas na legislação anterior, dizem respeito à filiação derivada expressamente da submissão do casal às técnicas de reprodução humana assistida, pela qual a fecundação humana a partir da manipulação de gametas é favorecida por recurso médico-científico, permitindo-se, inclusive, que a concepção do filho se dê após o encerramento do vínculo matrimonial.

Estas hipóteses serão a seguir analisadas detalhadamente, com vistas a identificar os impactos que a reprodução humana assistida causou ao estabelecimento da filiação.

3.2.1 A presunção de filiação diante do tempo de gestação e a problemática da maternidade por substituição

Segundo o inciso I do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, são reconhecidos como concebidos na constância do casamento (e da união estável) os filhos “nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”²⁵⁶. Este prazo é considerado o tempo mínimo legal para desenvolvimento da gestação, a saber, de 06 (seis) meses, em que pese este período ser geralmente insuficiente para a completa formação do feto²⁵⁷. Por essa razão, adverte Silmara Juny Chinelatto que “a maturidade fetal nada ter que ver com a viabilidade, teoria não aceita pelo direito brasileiro. Relaciona-se ao nascimento viável”²⁵⁸.

Neste caso, é preciso atentar para o fato de que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias não é contado da celebração da cerimônia nupcial ou da formalização da união estável, mas sim do estabelecimento da efetiva convivência entre os cônjuges ou companheiros, visto ser possível, entre

²⁵⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 2014, p. 345.

²⁵⁶ **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

²⁵⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil aplicado, v 5: direito de família**, 2016, p. 316.

²⁵⁸ CHINELATTO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710)**, 2004, p. 44.

outras circunstâncias impeditivas de sua concretização, a realização de casamento por meio de procuração ou que ocorra enfermidade que impeça o estabelecimento da vida comum, uma vez que essa presunção decorre do dever de coabitação, a partir do qual se pressupõe a ocorrência de relações sexuais entre os cônjuges e companheiros.

Não podemos deixar de ressaltar, contudo, que, em razão da liberdade sexual na atualidade, o estabelecimento da convivência conjugal aperfeiçoada com o relacionamento íntimo entre os parceiros pode ser ou não concomitante à celebração do casamento ou à formalização da união estável. Assim, se os consortes ou companheiros mantêm vida sexual ativa antes da realização do casamento, o que é muito comum, isso acaba por tornar inócua tal previsão legal, salvo para fins de facilitação de registro.

De outro norte, o vínculo de filiação é igualmente estendido para além do fim do casamento (e da união estável), porquanto se presume filho do casal a criança nascida até 300 dias subsequentes à dissolução do relacionamento, conforme disposto no inciso II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002²⁵⁹. Aqui, o legislador levou em conta o prazo máximo que pode durar uma gestação humana: 10 (dez) meses.

Neste dispositivo a lei estabelece como marco para a contagem do prazo a dissolução da sociedade conjugal, por meio da morte de um dos cônjuges, da separação judicial, do divórcio, da nulidade ou da anulação do casamento. Ocorre que somente a morte poderia estabelecer o termo inicial do referido prazo, pois nas demais hipóteses há a necessidade de um provimento estatal, que pode ser exarado muito tempo após o efetivo rompimento da convivência. Por isso, a separação de fato do casal, como sinal de presunção da inexistência de relações sexuais, o que inviabilizaria a ocorrência de gravidez, desde que suficientemente comprovada, é que deverá ser tomada como marco inicial do prazo de 300 (trezentos) dias, e não o trânsito em julgado da sentença que declarou a anulação, separação ou divórcio²⁶⁰.

Ainda em relação ao inciso II, pode ser que a mulher, neste prazo de 300 (trezentos) dias, venha a se casar novamente ou a constituir nova união

²⁵⁹ **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

²⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**, 2016, p. 390.

estável. Se isso ocorrer, o Código Civil de 2002 determina que o filho será presumidamente do primeiro marido/companheiro, se nascer até 300 (trezentos) dias da morte dele, ao passo que será do segundo marido/companheiro, se nascer após esse lapso temporal, desde que após 180 (cento e oitenta) dias contados do início da nova convivência conjugal.

Questão controversa quanto à paternidade ocorreria se essa mulher se casasse novamente ou constituísse nova união estável e o nascimento do seu filho se desse antes de findo o prazo de 300 (trezentos) dias do falecimento do seu primeiro cônjuge/companheiro, mas após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias do estabelecimento do novo relacionamento. Neste caso, tomada isoladamente cada uma das presunções dos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, o filho seria tanto do primeiro quanto do segundo parceiro²⁶¹. Para evitar este tipo de confusão, o artigo 1.523, inciso II, do Código Civil de 2002 estabelece um prazo internupcial como causa suspensiva ao casamento²⁶².

Esta hipótese de causa suspensiva bem como outras dúvidas quanto ao estado de gravidez podem ser subitamente afastadas por meio de aferição médica que indique o tempo da gravidez. Assim, se o nascimento acontecer logo após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias ou antes dos 300 (trezentos) dias, mas apresentar a criança uma idade incompatível com o suposto período de gestação, é derruída a presunção legal²⁶³. Entretanto, se restar cientificamente comprovado que a gravidez anormalmente se estendeu além dos 300 (trezentos) dias ou se antecipou a menos de 180 (cento e oitenta) dias, não se excluirá a parentalidade, já que esta presunção é instituída em favor do filho e não contra ele²⁶⁴.

Não obstante esta presunção levar em consideração os tempos mínimo e máximo de gestação de mulher casada ou que viva em união estável, é preciso destacar que, atualmente, a reprodução humana assistida viabilizou dissociar a gravidez do projeto parental, ou seja, do desejo de ter filhos,

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. V**, 2016, p. 375.

²⁶² “Art. 1.523. Não devem casar: (...) II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

²⁶³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 2014, p. 351.

²⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. V**, 2016, p. 372.

fazendo com que a maternidade não mais resulte exclusivamente do fato do nascimento. Nesta situação, denominada de maternidade por substituição, uma terceira pessoa é utilizada para assegurar a gestação quando o estado do útero de uma mulher que deseja ser mãe não permite o desenvolvimento normal do embrião ou a gravidez apresenta um risco à sua saúde, assim como em caso de projeto parental masculino, seja unilateral ou homoafetivo, vedado o caráter lucrativo ou comercial.

A reprodução humana assistida permite, pois, que a maternidade seja atribuída a outra mulher que não a gestante/parturiente²⁶⁵, não sendo necessária a identidade genética da criança gerada com aquela que poderá ser reconhecida juridicamente como sua mãe. Esclarece Rolf Madaleno:

Existem duas modalidades de mães de substituição, ou de útero de substituição, sendo uma delas considerada mãe portadora, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo de útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima, na chamada ovodoação, e a mãe de substituição, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o espermatozoide do marido ou companheiro da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz a criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos²⁶⁶.

Assim, no cenário da técnica da maternidade por substituição podem ser encontradas três mulheres: a fornecedora do óvulo (mãe biológica), a que engravida (mãe gestacional) e aquela que deseja ter um filho, ainda que não tenha fornecido óvulo nem sido responsável pela gravidez (mãe parental), devendo a parentalidade ser sempre atribuída à última. Juliana Queiroz afirma que “apesar de a procriação se configurar como um dado biológico, a sua representatividade não o é”²⁶⁷; por isso, a maternidade, entendida como uma função parental, em regra, acaba sendo atribuída à mulher que desejou o filho, mesmo que não o tenha gerado.

Corroborando este posicionamento, merece destaque a lição de Ana Cláudia Scalquette:

²⁶⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de Família**, 2013, p. 533.

²⁶⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**, 2013, p. 550/551.

²⁶⁷ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. 2015, p. 23.

Mãe deve ser aquela que, independentemente do material genético ou do ventre utilizado para o desenvolvimento do novo ser, teve a vontade de conceber, aquela que deu início ao processo de filiação, que movimentou os familiares, os médicos e, por que não dizer, o mundo jurídico para que fosse possível a concretização do seu objetivo de ser mãe (...). Mãe, sem dúvida, é aquela que sempre quis ter sido e cuja vontade a fez buscar até mesmo o conjunto necessário (material genético mais útero emprestado) para a concepção de um filho²⁶⁸.

Em se tratando de projeto parental masculino, unilateral ou homoafetivo, não se estabelecerá nenhum vínculo materno com a criança gerada, mas tão somente laços referentes à parentalidade masculina. Prova disso é que o § 2º do artigo 16, § 2º do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna²⁶⁹. Se não há mulher na construção do projeto parental, inexistirá a formação de vínculo de maternidade com quem quer que seja – a doadora do óvulo ou a gestante.

Tendo em vista que a manifestação livre e consciente da vontade é requisito de validade para qualquer negócio jurídico, é imperioso que as partes sejam devidamente informadas sobre os aspectos médicos atinentes à maternidade por substituição, seus aspectos biopsicossociais e os riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação. Tal exigência torna-se relevante, pois o fim perseguido é a gestação de um filho que, ao final, será entregue a outra(s) pessoa(s), o que por si só demonstra a seriedade das consequências que envolvem a situação, tanto no campo jurídico quanto no campo das relações afetivas.

A gestante, especialmente, deve estar consciente de seu papel, pois, após o parto, renunciará a qualquer direito e responsabilidade parental em relação à criança gerada. A fim de evitar eventuais conflitos quanto à entrega da criança, na medida em que se reconhece a construção de laços afetivos entre gestante e feto ao longo da gravidez, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina determina que, em regra, “a cedente temporária

²⁶⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 199/200.

²⁶⁹ **Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf

do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”, podendo ser dispensado esse critério mediante autorização daquele Conselho²⁷⁰.

Esta situação, por consequência, repercute significativamente neste rol de presunções. Assim, ainda que a gestação se dê no intervalo temporal estabelecido nos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, a gestante não será considerada mãe e, se esta for casada ou viva em união estável, o filho ao qual deu à luz será considerado como filho de outrem, e não do seu marido ou convivente. Por esse motivo, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina sujeita o procedimento à aprovação expressa do cônjuge ou companheiro da gestante, devendo o consentimento ser apresentado por escrito.

Como alerta Sandra Marques Magalhães, “a maternidade, que não costumava suscitar as dúvidas frequentes à paternidade, não abarca mais uma prerrogativa de certeza”²⁷¹, passando a envolver outros elementos probatórios além da notoriedade da gravidez e do parto. No rumo desse entendimento, o Enunciado nº 129 do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, da I Jornada de Direito Civil, propõe alteração legislativa a fim de incluir norma sobre a presunção de maternidade, levando em consideração essa situação da cessão temporária de útero:

Enunciado 129: “Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”²⁷².

Adverte, por fim, Silmara Juny Chinelatto que as disposições dos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 devem ser combinadas com as dos incisos III, IV e V, porquanto antes do casamento e dos 180 (cento e oitenta) dias, ou após sua dissolução e após os 300 (trezentos) dias, a mulher

²⁷⁰ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

²⁷¹ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem**, 2010, p. 47.

²⁷² **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

pode ter-se submetido à reprodução assistida, o que afastará o referido lapso temporal para fins de presunção de o filho ter sido concebido na constância do casamento ou da união estável²⁷³.

3.2.2 A presunção de filiação diante da inseminação homóloga

Segundo o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, presumem-se concebidos na constância do casamento (e da união estável) os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”²⁷⁴.

Conforme já abordado no Capítulo 2, a reprodução humana assistida homóloga é aquela que, por meio de procedimento médico-laboratorial, facilita a procriação humana com a utilização de material genético proveniente do próprio casal interessado em ter filhos. A técnica da fecundação artificial, mencionada no dispositivo, implica a fertilização intracorpórea do óvulo da esposa ou companheira pelo espermatozoide de seu marido ou companheiro, com vistas à geração do novo ser que, logo, será filho biológico do casal.

Há quem defenda que o casal que disponibiliza seu material genético para a fecundação assistida homóloga estaria manifestando a vontade de ter filhos, ainda que implicitamente²⁷⁵. Sobre essa situação, Guilherme C. Nogueira da Gama ensina que poderia ser nela reconhecida a incidência da teoria do risco, segundo a qual

o homem, consciente ou não – durante o casamento –, buscou assistência médica para dar efetividade ao projeto parental que começou a construir com sua esposa e deverá assumir, desse modo, os riscos inerentes à conduta que manteve durante o casamento, no sentido de contribuir com seu sêmen para ser utilizado em alguma técnica de reprodução assistida homóloga, o que será suficiente para estabelecer a paternidade com base no reconhecimento judicial²⁷⁶.

De toda sorte, a Resolução 2.168/017 do Conselho Federal de Medicina estabelece que todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução

²⁷³ CHINELATTO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710)**, 2004, p. 48/49.

²⁷⁴ **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

²⁷⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 157.

²⁷⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: Família**, 2008, p. 367.

humana assistida devem obrigatoriamente manifestar seu consentimento livre e esclarecido quanto ao procedimento, no qual devem constar todas as informações de caráter biológico, jurídico e ético, o que inclui os aspectos da filiação advindos do procedimento. Assim, o referido consentimento funciona como autorização para a realização do procedimento.

E mais, a autorização deve ser do casal, ou seja, também da mulher. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite afirma que “da mesma forma como a mulher não é obrigada a se submeter à conjunção carnal, por configurar tal coação um abuso de direito, não poderia se submeter à inseminação artificial (homóloga ou heteróloga) sem expressa manifestação de vontade”²⁷⁷. O renomado autor ainda complementa, asseverando que o consentimento de ambos ratifica a comunhão de vida e representa sua associação na vontade de procriar²⁷⁸.

Em sendo reconhecida essa autorização conjunta, ainda que implícita, tal circunstância impede que venha a ser reconhecida a qualquer de seus integrantes a legitimidade para a propositura de ação negatória de parentalidade. Assim, se o marido/companheiro ou a mulher/companheira, que havia consentido com o procedimento e disponibilizado seu material genético, se recusar posteriormente a reconhecer a parentalidade relativa a esta criança fruto de reprodução assistida homóloga com seu cônjuge ou convivente, caberá demandar contra ele(a) o reconhecimento judicial da filiação.

Somente se restar comprovado que não houve consentimento, representado pela obtenção do gameta fecundante por meio fraudulento, ou de que não há identidade genética com o filho gerado, em razão de concepção do filho por ato sexual da esposa ou companheira com terceiro ou por utilização de procedimento heterólogo, será possível a propositura de ação negatória de parentalidade.

No caso de procedimento heterólogo, contudo, observa Ana Cláudia Scalquette ser preciso distinguir o uso deliberado ou o erro no emprego, pela técnica médica, de material genético de terceiro. Em se tratando de imperícia médica, defende a autora que a presunção não poderia ser afastada, sob pena

²⁷⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 224.

²⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 346.

de deixar um filho que foi desejado e planejado sem um pai ou mãe, tão somente em razão da ausência de uma identidade genética entre eles, com o que concordamos. A contestação da parentalidade, entretanto, não poderá ser fundamentada na ausência de relações sexuais à época da concepção, haja vista ter sido a criança justamente concebida em virtude de reprodução assistida, ou seja, sem nenhum contato sexual²⁷⁹.

De toda forma, há de ser admitida a possibilidade da revogação do consentimento para a procriação assistida homóloga enquanto não iniciado o procedimento de inseminação, porquanto o filho, por diversos motivos, pode não mais ser cobiçado com o passar do tempo, e a parentalidade, por estabelecer sérias consequências morais, psicológicas e jurídicas, deve ser fruto da livre autonomia e escolha responsável das pessoas envolvidas.

João Baptista Villela já defendia a impossibilidade de “obrigar, quem quer que seja, a assumir uma paternidade que não deseja. Simplesmente porque é impossível fazê-lo, sem violentar, não tanto a pessoa, mas a própria ideia de paternidade”; entendia o notável jurista que “pai e mãe ou se é por decisão pessoal e livre ou não se é”²⁸⁰. Revogada a autorização, caberá ao titular do material genético decidir sobre o seu destino: o descarte, a disponibilização para pesquisa científica ou a doação do sêmen ou óvulo armazenado em favor de pessoa ou casal infértil.

Um ponto merece destaque na interpretação desse inciso III: a possibilidade de estender a presunção de parentalidade também à mulher (presunção de maternidade), tendo em vista que o aludido dispositivo faz menção apenas à utilização do material genético “do marido” na fecundação artificial homóloga. Neste aspecto, segundo o Enunciado nº 257 do Conselho da Justiça Federal, a expressão “fecundação artificial”, constante no inciso III, deve ser interpretada restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição²⁸¹. Em parte concordamos com tal enunciado, na medida em que, havendo doação de óvulos, não se poderia falar

²⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 728.

²⁸⁰ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 21, 1979, p. 415. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>

²⁸¹ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal/Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

em reprodução homóloga, em que pese a autora do projeto parental também fosse a gestante, pois neste procedimento todo o material genético empregado na procriação deve ser do próprio casal. Refutamos, todavia, o afastamento da incidência da presunção para o caso de maternidade por substituição, com base em outro enunciado daquele mesmo Conselho, o de nº 129, que propõe: “nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida *em favor daquela que forneceu o material genético*, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga” (grifo nosso)²⁸².

A extensão dos efeitos da presunção também à maternidade, em nossa compreensão, se coaduna com o livre planejamento familiar, que deve ser assegurado em igualdade de condições ao homem e à mulher. Seguindo este propósito, transcrevemos a justificativa do citado Enunciado nº 129:

No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada²⁸³.

O inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 ainda prevê a aplicação da presunção de parentalidade aos filhos havidos pela reprodução assexuada homóloga, “ainda que falecido” o marido²⁸⁴, ou seja, aos filhos gerados a partir da reprodução humana assistida *post mortem*.

Na fecundação póstuma, vale lembrar, a fertilização das células sexuais dos cônjuges ou companheiros ocorre após o falecimento de um deles ou de ambos. Em outras palavras, o sêmen e/ou óvulo foi extraído em vida e se

²⁸² **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

²⁸³ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

²⁸⁴ **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

encontrava criopreservado, somente vindo a ser fecundado e implantado no corpo de uma mulher – que não precisa ser a genitora – após o falecimento do titular (homem ou mulher) daquele material genético.

No caso da utilização do gameta feminino após a morte da esposa/companheira, o óvulo desta, previamente colhido, selecionado e preparado será implantado juntamente com o espermatozoide do seu marido/companheiro no útero cedido temporariamente por uma terceira, a chamada mãe substituta, a fim de ser garantida a concretização da filiação homóloga *post mortem*. Neste sentido, o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça admite a utilização póstuma de material genético tanto masculino quanto feminino, não fazendo qualquer distinção quanto ao procedimento ser homólogo ou heterólogo²⁸⁵.

Um dos grandes problemas causados pela fecundação artificial *post mortem* diz respeito à ausência de fixação de prazo que limite a presunção de parentalidade. Assim, admitido o procedimento, não se aplica o prazo limite de 300 (trezentos) dias subsequentes à morte do cônjuge ou do convivente para efeitos de presunção (inciso II), porque o congelamento do sêmen e do óvulo permite que a reprodução assistida possa ocorrer muitos anos depois de dissolvida a sociedade conjugal em razão deste óbito²⁸⁶, fato que pode trazer insegurança quanto à transmissão definitiva dos direitos hereditários.

Partindo do pressuposto de sua admissibilidade, o Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal preceitua que, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que haja autorização escrita deste para que se utilize seu material genético após a sua morte²⁸⁷, embora a parte final do inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 não faça qualquer exigência neste sentido.

²⁸⁵ “Art. 17. (...) § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados acima, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica **do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado**, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida” (grifo nosso). **Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf

²⁸⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 2013, p. 542.

²⁸⁷ “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”. **Enunciado nº 106 do CJF/STJ**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

Na esteira do entendimento acerca desta exigência, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina²⁸⁸ e o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça²⁸⁹ estabelecem a necessidade de manifestação de vontade prévia quanto ao destino a ser dado aos gametas e embriões criopreservados em caso de falecimento de um dos contratantes dos serviços de fertilização assistida ou de ambos. Tais referenciais normativos entendem, portanto, que não se pode presumir que alguém queira ser pai ou mãe depois de sua morte.

Os Projetos de Lei 115/2015²⁹⁰, 4.892/2012²⁹¹ e 1.184/2003²⁹² somente permitem o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, quando houver manifestação específica para o uso do seu material biológico criopreservado. E, mesmo quando as proposições legais em trâmite não disciplinam expressamente a reprodução póstuma, determinam a necessidade de manifestação de vontade quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de falecimento de um ou de ambos os titulares do material genético, a exemplo do PL 2.061/2003²⁹³, 1.135/2003²⁹⁴ e 2.855/1997²⁹⁵. Já o Projeto de Lei 7.701/2010, além de exigir a expressa

²⁸⁸ “VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM. *É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente*” (*grifo nosso*). **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

²⁸⁹ **Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf

²⁹⁰ **Projeto de Lei nº 115/2015.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015

²⁹¹ **Projeto de Lei nº 4.892/2012.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012

²⁹² **Projeto de Lei nº 1.184/2003.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003

²⁹³ **Projeto de Lei nº 2.061/2003.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=166567&filename=PL+2061/2003

²⁹⁴ **Projeto de Lei nº 1.135/2003.** Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=136097&filename=PL+1135/2003

²⁹⁵ **Projeto de Lei nº 2.885/1997.** Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>

anuência para o uso *post mortem*, determina que a inseminação deve ser feita em até 300 (trezentos) dias após o óbito²⁹⁶.

Sobre o assunto, Ana Cláudia Scalquette ensina ser “indispensável a manifestação expressa e inequívoca do consentimento dos envolvidos, exatamente para conferir segurança ao procedimento que poderá ser realizado, conforme permissivo legal, mesmo após o falecimento do marido”²⁹⁷. Neste caso, em sendo empregado material genético em procedimento póstumo sem a devida autorização do genitor falecido, dever-se-á considerar que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e, por conseguinte, não poderá ser atribuída a parentalidade ao morto, mesmo havendo identidade biológica entre este e a criança assim gerada, dado que a descendência não foi por ele desejada e consentida.

Mas há quem aceite a possibilidade de emprego de material criopreservado em inseminação homóloga *post mortem* mesmo diante da inexistência de consentimento de seu titular. Como destacado no capítulo 2, Cristiano Colombo defende que o depósito do material genético pelo próprio falecido constituiria um consentimento tácito de seu uso e que somente com a expressa oposição não caberia o estabelecimento da parentalidade presumida²⁹⁸. No mesmo sentido, Ana Cláudia B. de Barros Correia Ferraz defende que se o homem se submeteu, em vida, à coleta de seu material para a reprodução assistida, ele teria assumido a paternidade dos filhos assim concebidos, independentemente da época do nascimento²⁹⁹. Sem embargo, embora não sejamos favoráveis ao procedimento póstumo, partindo de sua permissão legal, não há como corroborar tal linha de pensamento, uma vez que um projeto parental desejado e acalentado em vida não pressupõe, necessariamente, a sua aceitação *post mortem*, ou seja, o acolhimento da ideia de um filho órfão.

²⁹⁶ “Art. 1.597-A. A utilização de sêmen, depositado em banco de esperma, para a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com a expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.” **Projeto de Lei nº 7.701/2010**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=792197&filename=PL+7701/2010

²⁹⁷ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 179.

²⁹⁸ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**, 2012, p. 165.

²⁹⁹ FERRAZ Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**, 2011, p. 103.

Outro requisito exigido pelo Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal é a manutenção do estado de viuvez pela viúva que for submeter-se ao procedimento póstumo, com vistas a evitar a colisão com a norma insculpida no inciso II do artigo 1.597 do Código Civil de 2002. Maria Berenice Dias critica tal exigência, classificando-a de absurda, pois não seria garantia de que a cônjuge supérstite não mantém relações sexuais com alguém, além de ser preconceituosa e desnecessária, em face da segurança que desfruta o exame de DNA para confirmar ou não a parentalidade em relação ao cônjuge falecido³⁰⁰.

A despeito de concordarmos com a afirmação acerca da impossibilidade de garantia do celibato da viúva, a partir do momento em que esta se casa novamente ou passa a viver em uma união estável, estará presente o dever de coabitação, com base no qual se pressupõe a manutenção de relações sexuais entre os parceiros, o que não impede que a presunção de parentalidade relativa ao novo cônjuge ou companheiro seja afastada mediante a comprovação da paternidade do morto através de exame médico-laboratorial.

A par dessas considerações sobre seus supostos pressupostos, o procedimento póstumo é alvo de severas críticas, como já destacado no capítulo anterior, havendo propostas legislativas visando alterar o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, com vistas a suprimir a possibilidade de utilização do material genético após o óbito do seu titular, o que, por consequência, somente permitiria a incidência da presunção da filiação quando a fecundação ocorresse em vida do marido/companheiro ou da esposa/companheira, sob a justificativa de, assim, observar os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana do filho gerado por meio da reprodução assexuada³⁰¹.

3.2.3 A presunção de filiação diante da utilização de embriões excedentários

³⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das famílias**, 2016, pg. 398.

³⁰¹ O art. 73, inciso II, do PL 470/2013, conhecido como Estatuto das Famílias, pretende fazer presumir filhos somente “os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor”. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf.

Prescreve o inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 que se presumem concebidos na constância do casamento (e da união estável) os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”³⁰².

O embrião excedentário é aquele fecundado *in vitro* que, não sendo aproveitado imediatamente pelo casal, é armazenado em laboratório para possível utilização posterior. Como já exposto no Capítulo 2, a justificativa da existência desses embriões sobressalentes está no fato de que a reprodução humana assistida não garante a gravidez. Neste sentido, quanto maior for o número de embriões produzidos – e como nem todos se transformarão em embriões viáveis que poderão ser reimplantados no útero feminino –, maiores serão as chances de êxito na reprodução laboratorial. No entanto, a fim de evitar o risco de gravidezes múltiplas, a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina limita o número de embriões que poderão ser transferidos por ciclo de fertilidade, variando de dois a quatro embriões, a depender da idade da mulher³⁰³, de forma que possivelmente restarão embriões excedentes³⁰⁴.

Embora o dispositivo destacado faça alusão apenas à utilização dos embriões excedentários em procedimento homólogo, defende Ana Cláudia Scalquete que a presunção também seja estendida aos embriões excedentários da fertilização heteróloga, nascidos a qualquer tempo, porquanto estes “não poderão ser considerados filhos de ninguém, tampouco filhos de quem doou o material”. A parentalidade, neste caso, deve ser atribuída àqueles que “buscaram as técnicas médicas e a elas se submeteram, devendo responder por todas as suas implicações, inclusive quanto à responsabilidade que devem ter em relação aos excedentários”³⁰⁵.

Percebe-se que não fora estipulado prazo limite para a introdução dos embriões excedentários em útero feminino, para fins de seu regular e completo desenvolvimento, pois a presunção de filiação é válida para a implantação

³⁰² **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

³⁰³ **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

³⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família**, 2013, p. 193.

³⁰⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 181.

realizada “a qualquer tempo”. Como já destacado, o congelamento do embrião permite que a reprodução assistida possa ocorrer muitos anos depois da sua fecundação, tendo sido noticiado recentemente na mídia o caso de uma jovem americana que teve um filho a partir de um embrião gerado há 24 (vinte e quatro) anos³⁰⁶.

A biotecnologia reprodutiva, além de permitir a separação do ato sexual da reprodução humana, promove, através da criopreservação, um distanciamento físico e temporal entre o momento da fertilização e a gestação e nascimento do filho, permitindo, até mesmo, que um novo ser venha a ser formado após a morte da pessoa de quem provém o embrião que lhe deu origem.

Ao contrário do inciso anterior, neste dispositivo o legislador não fez menção alguma ao gênero do cônjuge ou companheiro a quem deve ser atribuída a parentalidade por presunção, cabendo invocar a possibilidade de seu emprego tanto em favor da esposa/companheira sobrevivente quanto do marido/companheiro supérstite – nesta última hipótese, por meio da cessão temporária de útero de uma terceira, na qual se implantará o embrião obtido a partir do óvulo da esposa/companheira falecida.

Lembramos que a gestação do embrião por uma terceira pessoa estranha ao casal não desnatura a natureza homóloga do procedimento de reprodução assistida, tendo em vista que tal classificação leva em consideração a origem do sêmen e do óvulo que deu origem ao embrião, e não o local onde este foi gestado. Segundo Edison Tetsuzo Namba, em não sendo reconhecido igual direito ao homem de fazer uso dos embriões excedentários após a dissolução do relacionamento, inclusive pela morte, estar-se-á ferindo-se o princípio da igualdade, com previsão no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988³⁰⁷.

O Código Civil de 2002 não faz nenhuma referência à necessidade de autorização prévia dos cônjuges ou companheiros para fins de utilização dos embriões excedentários após a morte de um deles ou de ambos, mas a

³⁰⁶ <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/americana-tem-bebe-gerado-de-embriao-congelado-ha-24-anos.ghtml>

³⁰⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. Identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p. 1.393.

Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina determina que, no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de falecimento. Saliente-se que a citada resolução médica estabelece a obrigatoriedade de que todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida manifestem seu consentimento livre e esclarecido, no qual devem constar todas as informações de caráter biológico, jurídico e ético envolvidas no procedimento, o que inclui, consequentemente, os aspectos da filiação advindos do uso dessa técnica. Logo, a fim de assegurar o respeito à vontade do casal, no que se refere ao seu planejamento familiar, a decisão a respeito da transferência dos embriões excedentários deve ser expressa de maneira inequívoca por ambos.

Sobre o assunto, há também o Enunciado nº 107 do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual:

Finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1.571, a regra do inciso 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 embriões³⁰⁸.

Dissolvida a sociedade conjugal ou união estável em razão do óbito de um ou de ambos os cônjuges/companheiros, portanto, a presunção de parentalidade estabelecida no inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia do casal para a transferência *post mortem* do embrião.

É preciso destacar, contudo, que a anuência para a transferência dos embriões excedentários, seja para sua implantação enquanto vivos os genitores ou após a morte de um deles ou de ambos, pode ser revogada a qualquer tempo, desde que antes de iniciado o procedimento. A revogação do consentimento é admitida até o último ato apto a disparar, com autonomia, o curso da gravidez, pois a proteção que a lei confere ao embrião não traduz a prevalência de seus eventuais direitos sobre o livre planejamento familiar dos

³⁰⁸ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

usuários da reprodução humana assistida³⁰⁹. Assim, em caso de encerramento do projeto parental, o casal deve decidir o destino de seus embriões excedentários.

Em razão dos mesmos argumentos suscitados no item anterior quanto à observância dos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana do filho gerado por meio da reprodução assexuada, há proposta de alteração legislativa no sentido de suprimir a parte final deste dispositivo, revogando-se a permissão legal para o procedimento póstumo³¹⁰, razão pela qual somente poderia se falar em presunção da filiação quando a implantação do embrião ocorresse em vida do marido/companheiro e/ou da esposa/companheira.

3.2.4 A presunção de filiação diante da reprodução assistida heteróloga

De acordo com o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, presumem-se concebidos na constância do casamento (e da união estável) os filhos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido”³¹¹.

A reprodução humana assistida heteróloga, conforme já delineado no Capítulo 2, é aquela em que o embrião é formado a partir da utilização de material genético proveniente de pessoa estranha aos cônjuges ou companheiros, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro para que a parentalidade lhe seja atribuída. Assim, na reprodução heteróloga, o vínculo de filiação será formado, em regra, a partir de dois tipos de parentesco: consanguíneo, com um dos pais, por conter material genético de um dos cônjuges ou companheiros; e civil, pelo parentesco socioafetivo do que não contribuiu com seu material fecundante, sendo possível de se constituir tão só

³⁰⁹ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***, 2010, p. 125.

³¹⁰ O art. 73, II, do PL 470/2013, conhecido como Estatuto das Famílias, pretende fazer presumir filhos somente “os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor”. Disponível em: http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf.

³¹¹ **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

pelo vínculo socioafetivo quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, forem de doadores.

Em qualquer caso, o doador ou a doadora do material fecundante não terá nenhuma relação de maternidade ou paternidade com a criança, que será exercida exclusivamente pelos receptores, verdadeiros autores do projeto parental. Como assinala Silmara Juny Chinelatto, “doador de sêmen não é pai por meio do simples ato de doação”³¹², conceito que podemos estender igualmente para a doadora de óvulo. A parentalidade, portanto, deve ser atribuída à pessoa ou ao casal que deseja ter o filho e consente com o procedimento heterólogo, e não ao doador do material genético, pois o fator biológico será irrelevante no estabelecimento desta filiação.

Na esteira desse entendimento, Guilherme C. Nogueira Da Gama afirma que

na reprodução heteróloga, em suas várias modalidades, o fator biológico, ao menos na linha materna ou na linha paterna, não deverá ser considerado, o que conduz à obrigatoriedade de se buscar outro fundamento para o estabelecimento da filiação³¹³.

Tal modalidade de reprodução humana assistida enfatiza a chamada desbiologização da maternidade e da paternidade, significando a distinção entre as figuras dos genitores e dos pais, que nem sempre irão coincidir nas mesmas pessoas³¹⁴. É preciso esclarecer que genitor é aquele que gera, por meio de seu material genético, o filho, enquanto a expressão pai reflete uma função superior à do genitor, porquanto assume uma posição moral, um compromisso de vida consubstanciado no cuidado e responsabilidade pela vida do filho³¹⁵. Por tais motivos, Caio Mário da Silva Pereira utiliza a expressão “filho social” para definir a modalidade de filiação oriunda da reprodução assistida heteróloga³¹⁶.

O vínculo de parentalidade na procriação heteróloga decorrerá, assim, da vontade consciente e responsável de procriar, importando para a

³¹² CHINELATTO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710)**, 2004, p. 59.

³¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: Família**, 2008, p. 343.

³¹⁴ BONELLI, Rita Simões. O nascituro à luz do biodireito. **O nascituro. Visão interdisciplinar**. DUARTE, Gerado; FONTES, José Américo Silva (Org.), 2009, p. 246.

³¹⁵ CAMPOS, Jesse. Pai versus genitor. http://bjd.com.br/site/colunistas.noticia.php?id_noticia=2126&id_blog=14

³¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. V**, 2016, p. 366.

determinação da filiação o ato de planejamento da técnica de reprodução assistida³¹⁷. Ensina João Baptista Villela que “os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização”³¹⁸.

Neste mesmo sentido, o Enunciado nº 104 do Conselho da Justiça Federal, da I Jornada de Direito Civil, determina que, no âmbito do procedimento heterólogo, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade juridicamente qualificada, gerando presunção de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, desde que haja manifestação expressa da vontade acerca da utilização de material genético de terceiro no curso do casamento³¹⁹, o que também abarcará a situação da união estável.

Ao contrário da dúvida que paira sobre os incisos III e IV, aqui o legislador fez expressa menção à exigência de “prévia autorização do marido” para utilização do procedimento de procriação assistida. Para uma parte da doutrina, a exemplo de Paulo Lôbo, o consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio, cabendo sua comprovação em juízo em caso de impugnação da filiação pelo marido³²⁰, embora haja quem ressalte a necessidade de obtenção deste consentimento por instrumento público, em face da garantia de autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos³²¹.

Ana Cláudia Scalquette defende que, no caso de presunção de filiação decorrente de procedimento heterólogo, seria necessário também exigir a autorização da mãe, pois esta “deverá estar plenamente ciente de que o filho que gerará não carregará o material genético de seu marido”³²² ou companheiro. Ademais, o procedimento heterólogo pode advir também da utilização de óvulo e embrião de doadora, o que ensejaria a necessidade de

³¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**, 2016, p. 409.

³¹⁸ VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 21, 1979, p. 413. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156>

³¹⁹ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

³²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**, 2017, p. 221.

³²¹ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Comentários ao Código civil**, 2006, p. 1.164.

³²² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 175.

autorização da esposa/companheira ao uso de material genético que não o seu.

Assim, sempre que há material de doador envolvido, seja sêmen, óvulo ou embrião, torna-se imprescindível a prévia autorização do casal ao procedimento. Concordamos com tal entendimento e ainda respaldamos tal linha de raciocínio na previsão da Resolução 2.168/017 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece a obrigatoriedade de que todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida manifestem seu consentimento livre e esclarecido quanto ao procedimento, funcionando este como autorização, tanto do homem quanto da mulher, para a realização do procedimento.

Há que se ressaltar, mais uma vez, que tal consentimento não é irreversível, podendo ser retratado, desde que antes da implantação do espermatozoide ou embrião no organismo feminino, visto que, a partir deste momento, já se pode encontrar em andamento a gestação, e a responsabilidade parental não pode mais ser afastada.

Polêmica é a questão da incidência da presunção de filiação matrimonial quando o consentimento para a utilização do procedimento heterólogo for da mulher, uma vez que o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 menciona a necessidade de prévia autorização apenas “do marido”. O Enunciado nº 257 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil, estabelece que a expressão “inseminação artificial”, constante deste dispositivo, deve ser interpretada restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição³²³.

Rolf Madaleno advoga que a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide) como da mulher (óvulo), diante da impossibilidade de o homem e/ou de a mulher fornecerem seus próprios gametas, sendo-lhes assegurada, em igualdade de condições, a garantia ao livre planejamento familiar.

Ao consentir com este procedimento, o marido ou a esposa acaba por concordar em assumir uma função social de pai ou mãe, motivo pelo qual não

³²³ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

cabe assentir na possibilidade de impugnação posterior desse estado de filiação, o que iria de encontro à boa-fé nas relações parentais. Admitir-se a negatória do estado de filiação em face da retratação de uma autorização já exarada após o início do procedimento seria permitir a renúncia a uma parentalidade já aceita, o que conflitaria com os interesses do seu parceiro, com quem havia concordado a respeito do procedimento, e com os interesses do filho, que não pode ficar ao arbítrio dos caprichos e das indecisões paternas/maternas. Nesse sentido, destacamos a posição de Zeno Veloso:

Seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e, por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente (...). Permitir que o marido venha depois a se arrepender, rejeitando, sem piedade, o novo ser que, com a sua anuência, foi introduzido na família seria admitir um indecoroso e cruel *venire contra factum proprium*³²⁴.

O estabelecimento da filiação não pode ficar à mercê de algum revés de ordem pessoal e circunstancial dos pais, pois o afeto para o Direito não funciona como um sentimento, senão como uma conduta objetiva que gera uma relação jurídica de parentesco irreversível, que não pode ser desfeita aos sabores do desamor³²⁵. Por essa razão, sustenta Gláucia Savin que “o que deve prevalecer é a segurança de um *status* jurídico para o filho, que não pode ser perturbado por posteriores desentendimentos ou mudança de ânimo dos pais”³²⁶. O consentimento na geração de um filho não pode criar uma situação simplesmente temporária.

Ainda sobre o assunto, opina Adriana Pereira Dantas Carvalho que “se fosse admitida a impugnação da paternidade, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do dador do sêmen inoculado na mulher”³²⁷, motivo por que deve ser dada prevalência ao elemento institucional e não ao biológico.

³²⁴ VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 151.

³²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**, 2010, p. 179.

³²⁶ SAVIN, Gláucia. Críticas aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p. 1.105.

³²⁷ CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. **Técnicas de reprodução humana assistida: o direito de nascer do embrião**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26010/tecnicas-de-reproducao-humana-assistida-o-direito-de-nascer-do-embriao>

Neste caso, segundo o Enunciado nº 258 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil, a reprodução assistida heteróloga geraria uma presunção *juris et de jure*, pois a filiação não poderá vir a ser impugnada³²⁸. Já para Elpídio Donizete, na reprodução heteróloga,

o que a lei estabelece também não é uma presunção jurídica – que se caracteriza por ser uma possibilidade de verdade –, mas sim uma ficção jurídica – ou seja, uma inverdade que o Direito considera verdade. Afinal, se o gameta utilizado sabidamente não é do marido, a paternidade biológica dele é, indiscutivelmente, uma inverdade fática, que o Direito, no entanto, prefere considerar uma verdade³²⁹.

Entretanto, se ausente ou viciada a autorização para o procedimento heterólogo, a hipótese se assemelhará à chamada produção independente, pela qual a filiação é atribuída somente a uma pessoa, não sendo estabelecidos os laços de filiação com outro ascendente, aquele que não manifestou validamente seu consentimento³³⁰, tampouco com o eventual doador do material genético. A criança concebida se verá, portanto, à mercê de uma “paternidade inexistente”³³¹, pois não se pode impor uma parentalidade a quem não a deseja, seja o marido/companheiro, seja o doador. Da mesma forma se, embora presente o livre consentimento quanto ao uso da técnica, a gravidez tiver decorrido de causa diversa da reprodução assistida heteróloga, é possível a impugnação da parentalidade.

Nestes casos, cabe àquele que não autorizou o nascimento do filho medicamente assistido por procedimento heterólogo ou cuja gravidez tenha decorrido de outra causa que não aquela previamente consentida promover, o mais breve possível, uma ação negativa de parentalidade genética, antes de ser consolidada uma filiação socioafetiva, momento a partir do qual a condição de filho não poderá mais ser desconstituída em razão da proteção do melhor interesse deste.

³²⁸ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

³²⁹ DONIZETE, Elpídio. **Curso didático de direito civil**, 2014, p. 1.019/1.020.

³³⁰ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 2013, p. 549.

³³¹ ALMEIRA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões**, vol. I. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.), 2011, p. 1.330.

Acrescente-se que o consentimento exigido na reprodução assistida heteróloga parece possuir limite temporal condicionado à subsistência do casamento ou da união estável, já que a lei civil não autoriza expressamente o procedimento heterólogo *post mortem*. Como o inciso V do art. 1.597 do Código Civil de 2002 não menciona – ao contrário dos incisos III e IV, que tratam da reprodução assistida homóloga – “qualquer tempo” ou “após a morte do marido”, há uma tendência em considerar que a lei legitima a procriação heteróloga só enquanto o cônjuge ou companheiro, cujo nome seria lançado no assento civil da pessoa assim concebida como pai/mãe, for vivo(a) e conjugalmente ligado ao seu par³³².

Defendendo tese diversa, Maria Berenice Dias afirma que, se autorizada a fertilização *post mortem*, torna-se irrelevante a data em que ocorra o nascimento, pois o vínculo de filiação fora aceito em vida, ainda que advindo de procedimento heterólogo³³³.

Quanto ao doador, a oferta de seu material genético deve ser sempre espontânea e gratuita, sendo necessário obter seu consentimento quanto à disponibilização de seus gametas para uso de terceiros por termo expresso após a prestação de todas as informações e esclarecimentos a respeito do procedimento, manifestação de vontade que não tem nenhuma relação com o projeto parental que envolve o nascimento e a vida da criança fruto da técnica de reprodução heteróloga.

De acordo com Guilherme C. Nogueira da Gama:

Não há sequer de falar em renúncia à paternidade ou à maternidade, porquanto falta o elemento teleológico ou finalístico no ato praticado pela pessoa do doador. A informação genética não pode ter, por si só e assim considerada isoladamente, qualquer relevância no campo do estabelecimento dos vínculos de parentesco, ainda mais quando se encontra dissociada de qualquer fato jurídico de índole sexual – ou seja, a conjunção carnal –, o que demonstra a completa impossibilidade de se pretender que o doador seja reconhecido como pai jurídico da criança que nasceu em virtude da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida heteróloga. Ainda que, eventualmente, a criança não tenha pai jurídico, nos casos de mulheres sozinhas que resolvam se submeter à inseminação artificial ou fecundação *in vitro*, não é possível que o doador seja reconhecido como seu pai jurídico (...). Na hipótese de

³³² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 206, p. 161.

³³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 133.

adultério praticado pela esposa, ao manter relação sexual com outro homem que não seu marido, há o risco consciente que o homem assume de eventualmente poder ser declarado pai da criança que concebeu (...). Trata-se de conceber, exatamente, a paternidade e, simultaneamente, a responsabilidade parental com base no risco da atividade exercida pelo homem, ou seja, a manutenção de relação sexual com a mulher – ainda que ela seja casada com outro homem³³⁴.

Neste sentido, aquele que doa seu espermatozoide ou óvulo fecundante para um procedimento heterólogo abdica voluntariamente de qualquer parentalidade em relação ao filho gerado por meio da reprodução assistida, tal qual aquele que entrega uma criança para adoção renuncia a todo e qualquer direito de filiação até aquele momento existente³³⁵, com a diferença que na reprodução assistida heteróloga não há sequer formação de vínculo jurídico com o doador do material genético, contemplando a lei como pais, desde o nascimento, aqueles que consentiram com o procedimento. Ainda que eventualmente a criança não tenha pai ou mãe jurídico, nos casos de família monoparental programada por pessoas sozinhas, não é possível que ao doador ou doadora seja atribuída a parentalidade em relação a esta criança, devido à ausência de vontade dirigida à procriação do doador(a)³³⁶.

Por este motivo, no campo da reprodução humana assistida, à manifestação de vontade procriacional daqueles que são titulares do projeto parental são atribuídos os mesmos efeitos jurídicos do reconhecimento voluntário de filiação³³⁷. Se assim não fosse, restaria inviável o procedimento de procriação assistida heteróloga, pois ninguém disponibilizaria seu material genético se a qualquer momento pudesse ser-lhe atribuída a parentalidade de um filho não desejado, da mesma forma que nenhuma pessoa se submeteria a esta técnica por temor de que, no futuro, um desconhecido pudesse vir a reclamar o vínculo de filiação com a criança assim gerada.

Por derradeiro, na reprodução heteróloga, por não haver identidade entre a origem biológica do material genético utilizado e a relação de parentalidade estabelecida com pelo menos um dos pais, em que pese haja a

³³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: Família**, 2008, p. 353.

³³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, 1995, p. 382.

³³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 698.

³³⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**, 2013, p. 554.

regra do anonimato na doação dos gametas, surgirá para o filho assim gerado o direito ao conhecimento da sua ascendência genética, entendido como o direito de todo indivíduo saber quem é seu pai e mãe biológicos, não podendo a ninguém ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de conhecer a si próprio ou a definição integral de sua identidade genética³³⁸, independentemente de questões médicas³³⁹.

Este direito não se confunde com o direito à filiação, pois consubstanciado como um direito da personalidade³⁴⁰. Destaque-se que a paternidade e a maternidade derivam do estado de filiação, independentemente do vínculo biológico, facultando-se, porém, a investigação da origem genética, sem que essa investigação tenha repercussões no direito de família e sucessório, seja quanto ao reconhecimento de parentalidade ao genitor, seja quanto ao desfazimento da relação parental com o pai/mãe socioafetiva.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama,

o direito à identidade pessoal deve abranger a historicidade pessoal, aí inserida a vertente biológica da identidade, sem que seja reconhecido qualquer vínculo parental entre as duas pessoas que, biologicamente, são genitor e gerado, mas que juridicamente nunca tiveram qualquer vínculo de parentesco³⁴¹.

A relação paterno-filial ou materno-filial que já se encontra estabelecida e reconhecida juridicamente na forma socioafetiva com aquele que não participou biologicamente da procriação assistida, portanto, não se altera.

Estabelecidos os parâmetros da filiação a partir do emprego das técnicas de reprodução assistida, faz-se agora uma incursão aos reflexos dessa tecnologia no direito das sucessões.

3.3 A nova perspectiva da legitimidade sucessória à vista da reprodução humana assistida *post mortem*

³³⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**, 1998, p. 173/174.

³³⁹ Como aduzido no capítulo I, inicialmente, o direito ao conhecimento à ascendência genética estava vinculado à presença de uma doença diagnosticada no concebido, cuja cura dependesse da investigação das pessoas que doaram os seus materiais genéticos.

³⁴⁰ BONELLI, Rita Simões. O nascituro à luz do biodireito. **O nascituro: Visão interdisciplinar**. DUARTE, Gerado; FONTES, José Américo Silva (Org.), 2009, p. 246.

³⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 907.

Referida de maneira superficial no direito de família, o Código Civil de 2002 apresenta uma completa lacuna no tratamento da reprodução humana assistida quanto ao direito sucessório. Esta situação normativa faz com que surjam diversos questionamentos quanto à existência de possíveis conflitos entre os incisos III a V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, que disciplinam aspectos da filiação, com normas cogentes de direito hereditário, em especial a dos artigos 1.798 e 1.799, I, do mesmo diploma legal, que tratam da legitimidade sucessória, quando do emprego da reprodução assistida póstuma, acabando por criar uma enorme incoerência, considerando que um dos efeitos do estado de filiação é a atribuição do direito à sucessão, dos descendentes pelos ascendentes ou vice-versa³⁴². Antes de abordar a problemática propriamente dita, faz-se necessário, de início, estabelecer alguns conceitos básicos acerca dos direitos de herança.

Com o advento da morte, algumas relações jurídicas se extinguem, enquanto outras subsistem, desencadeando, quanto a estas últimas, uma mudança na relação jurídica de domínio, passando os sucessores a assumir esta titularidade no lugar do falecido. Por este motivo, afirma-se que a morte provoca o encerramento da vida humana, mas juridicamente a transcende³⁴³.

A relevância da morte para o direito das sucessões é bem sublinhada por Arnaldo Rizzardo:

A morte, que é fato natural, transforma-se em fato jurídico, ao desencadear tal gama de efeitos, por quanto dela advém, entre outras consequências, a mudança na titularidade dos bens. Ao tempo que põe termo aos direitos e obrigações do de cujus, faz emergir direitos e obrigações relativamente aos herdeiros³⁴⁴.

O direito das sucessões é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão de direitos e obrigações deixados pela pessoa física aos seus sucessores em virtude de seu falecimento, que deverá ser devidamente provado no plano jurídico por meio da certidão extraída do registro de óbito ou de sentença que declare a morte presumida, não havendo que se falar em

³⁴² SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**, 2005, p. 86.

³⁴³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil aplicado, v 6: direito das sucessões**, 2016, p. 3.

³⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, 2015, p. 21.

herança de pessoa viva. A sucessão consiste, pois, na transmissão do patrimônio de uma pessoa já falecida a uma ou mais pessoa(s) viva(s).

Como observa Paulo Lôbo, o direito das sucessões não é um direito dos mortos, mas sim dos vivos³⁴⁵, pois regulamenta a relação jurídica relativa ao domínio do patrimônio que cessou pela morte para determinado sujeito, mas que continua em outrem, investindo-se o sucessor, no todo ou em parte, nos direitos que pertenciam ao *de cujus*, assumindo as obrigações e direitos de seu antecessor. A sucessão, portanto, constitui um dos modos, ou títulos, de transmissão ou de aquisição de direitos patrimoniais³⁴⁶.

O direito hereditário nada mais é do que o reconhecimento do caráter perpétuo da propriedade privada e da finitude da personalidade humana. Os sucessores, portanto, sucedem no patrimônio e não na pessoa do falecido, não podendo dizer que aqueles o representam. Na sucessão há verdadeira substituição e não exercício de direito em nome de outrem, motivo pelo qual Itabaina de Oliveira a define como “o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém”³⁴⁷. O objeto original subsiste, substituindo-se o sujeito na relação, inserindo-se o sucessor no lugar do falecido³⁴⁸. É preciso elucidar, entretanto, que a ideia de suceder não significa simplesmente substituir o titular do domínio, traduzindo igualmente uma noção de continuidade, afinal, as relações jurídicas preexistentes seguem aos sucessores de acordo com as peculiaridades anteriores à troca de titularidade³⁴⁹.

O conteúdo do direito de sucessão, contudo, não é ilimitado, porque somente as relações jurídicas patrimoniais admitem a substituição do sujeito da relação jurídica quando da morte do seu titular. O patrimônio transmissível somente poderá conter bens passíveis de avaliação econômica.

Conforme Paulo Lôbo:

Nem todos os bens juridicamente tuteláveis podem ser objeto do direito das sucessões. Duas limitações são essenciais: a) os bens devem ter natureza patrimonial, cujos títulos sejam suscetíveis de ingresso no tráfico jurídico e de valoração

³⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 15.

³⁴⁶ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**, vol. 1, 1952, p. 52.

³⁴⁷ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**, vol. 1, 1952, p. 53.

³⁴⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito das sucessões**, 2014, p. 21.

³⁴⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil aplicado, v 6: direito das sucessões**, 2016, p. 7.

econômica; b) os bens devem integrar relações privadas. O que não é patrimonial, ou o que é patrimonial, porém indisponível, não se transmite hereditariamente³⁵⁰.

Patrimônio deve ser entendido como o conjunto de direitos e deveres pertencentes a uma pessoa. Para Clóvis Beviláqua, “é a totalidade das relações econômicas de uma pessoa, consideradas como unidade jurídica. É a projeção da personalidade jurídica do homem sobre os bens”³⁵¹, o que inclui não só o seu ativo, mas também as suas dívidas.

No que tange à extensão dessa transmissão, a projeção patrimonial na sucessão não é irrestrita, tanto que o Código Civil de 2002 usa a expressão “forças da herança”³⁵² para fazer referência ao volume do patrimônio do *de cuius* transmitido aos seus herdeiros, no limite do qual os credores do morto podem imputar-lhes a responsabilidade pelas dívidas daquele. Desta forma, as consequências dos atos de responsabilidade do autor da sucessão estarão limitadas ao valor dos bens que efetivamente foram transmitidos e recebidos pelos sucessores³⁵³. Somente o próprio patrimônio do morto se sujeita ao adimplemento de suas obrigações, havendo nítida separação entre o patrimônio herdado e o patrimônio do próprio sucessor.

É preciso que se esclareça que essa passagem do patrimônio do morto a seus herdeiros opera-se de imediato após a abertura da sucessão, conforme preceitua o art. 1.784 do Código Civil de 2002. Os herdeiros são investidos na posse e adquirem a propriedade dos bens do *de cuius* pelo simples fato de sua morte, por força de uma ficção jurídica, já que recebem o patrimônio por efeito direto da lei, independentemente de consentimento ou decisão de qualquer natureza e, inclusive, de ciência da própria morte do titular do patrimônio. A intenção do legislador, como acentua Paulo Lôbo, foi que a morte de uma pessoa não gerasse “um vazio de titularidade na herança que deixou”³⁵⁴.

³⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 16.

³⁵¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**, 1945, p. 20.

³⁵² “Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

³⁵³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil, volume VI**, 2017, p. 31.

³⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 48.

O patrimônio será transmitido como um todo unitário, mesmo que haja mais de um sucessor, permanecendo em situação de indivisibilidade até a partilha. Por isso, enquanto não for ultimada a partilha, a propriedade e a posse dos bens da herança serão exercidas pelos herdeiros na qualidade de cotitulares do patrimônio deixado pelo morto, estabelecendo-se, entre eles, uma espécie de condomínio, regido segundo normas próprias do direito das sucessões³⁵⁵.

Acrescente-se que, segundo o art. 1.786 do Código Civil de 2002, as pessoas podem suceder por força da lei ou por disposição de última vontade, atendendo-se a esta, no que couber, segundo as regras hereditárias. O ordenamento jurídico brasileiro permite a concomitância das duas modalidades de sucessão: a legítima e a testamentária. Dessa forma, a existência de testamento não exclui a possibilidade de incidência da sucessão legítima, já que pode ocorrer de o testamento ser invalidado, caducar, ser rompido, não abranger a totalidade do patrimônio e não poder atingir a legítima dos herdeiros necessários³⁵⁶, seguindo-se, no que não for objeto de manifestação de vontade do falecido, o chamamento dos sucessores estabelecido na lei.

A sucessão legítima ou legal é a que se dá em observância aos critérios estabelecidos na legislação, segundo a qual pessoas ligadas ao falecido por vínculos familiares são eleitas como seus sucessores. É prudente o alerta quanto à nomenclatura usualmente utilizada para definir essa modalidade de sucessão, uma vez que a expressão “legítima” não deve se confundir com o significado de legitimidade que marcou a família matrimonial, discriminando como ilegítimas as demais entidades familiares até o advento da Constituição Federal de 1988³⁵⁷. Ademais, a expressão “legítima” poderia dar a entender que existiria alguma sucessão ilegítima, o que não prospera, motivo por que melhor seria a utilização da expressão “sucessão em virtude de lei”. Sem embargo, aquela é a nomenclatura usualmente empregada para se referir à disciplina legal de transmissão do patrimônio, motivo pelo qual será adotada nesta pesquisa.

³⁵⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 243.

³⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: Família**, 2008, p. 11.

³⁵⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 74.

Na sucessão legítima, o legislador, por meio da ordem de vocação hereditária prescrita no art. 1.829 do Código Civil de 2002³⁵⁸, estabelece um chamamento sequencial e excludente, de preferências e substituições, definindo entre os qualificados como herdeiros legítimos do *de cujus* quem pode sucedê-lo segundo a precedência nessa ordem. Assim, as pessoas ligadas ao defunto pelos laços de parentesco ou conjugalidade elencadas na lei, umas na falta das outras, com exclusividade ou em concorrência, serão chamados a suceder.

Explica Carlos Maximiliano:

Dentro de cada ordem ou linha, sim, a proximidade do grau é, em regra, decisiva (...). Enumeram-se duas exceções: a) no caso de representação (na linha descendente ao infinito, e na colateral, até os filhos de irmão), herda o remoto, por estirpe, ao lado do mais próximo; b) os mais remotos vêm tomar o lugar dos mais próximos, se estes pertencem à categoria que os mestres alemães denominam – jurídico-hereditariamente – mortos: os renunciantes, os deserdados e os indignos³⁵⁹.

Esse chamamento obedece a um critério de afetividade, ainda que presumida, nas relações familiares, que sofreu profundas alterações com o advento do Código Civil de 2002, em consequência das mudanças dos papéis da família a partir da nova ordem constitucional³⁶⁰.

Muito se discute acerca do fundamento da sucessão legítima. Autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal defendem que ela seria baseada na liberdade do autor da herança, exercida por omissão, na medida em que poderia fazer testamento, mas decide não o fazer, por entender que a ordem legal atende a suas expectativas e anseios, motivo pelo qual a sucessão legítima seria chamada de testamento tácito. A ordem imposta pela lei, portanto, se identificaria no que supostamente teria manifestado o autor da sucessão, caso assim o houvesse feito. Em outras palavras, é como se o

³⁵⁸ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: **I** – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; **II** – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; **III** – ao cônjuge sobrevivente; **IV** – aos colaterais”. **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)

³⁵⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 159.

³⁶⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 76.

legislador se colocasse no lugar do defunto, reportando-se a uma intenção presumida deste³⁶¹.

De outro norte, Guilherme Calmon Nogueira da Gama critica tal justificação e afirma que esta somente se mostraria coerente em tempos de exacerbação do individualismo e do quase absolutismo da autonomia da vontade, não estando adequada aos valores e princípios que norteiam o ordenamento jurídico contemporâneo, especialmente à luz da Constituição Federal de 1988. Para este autor, é preciso não olvidar que a propriedade e a família passaram a exercer função de altíssima relevância na sociedade, ligadas a valores voltados ao solidarismo, ao humanismo, à cidadania, à repersonalização, à dignidade da pessoa humana, à efetividade dos direitos humanos nas relações intersubjetivas, entre outros, o que impediria o reconhecimento ao testador de poderes praticamente absolutos acerca da disciplina de seu patrimônio na sucessão³⁶². A sucessão legítima, ao instituir como sucessores pessoas ligadas ao morto pelos vínculos de parentesco e conjugalidade, refletiria uma espécie de responsabilidade familiar mínima, e a herança uma função social, posicionamento ao qual nos filiamos.

Como segunda modalidade de transmissão hereditária, tem-se a sucessão testamentária, originada num ato de última vontade do falecido. Através de um instrumento elaborado em vida, denominado testamento ou codicilo, o *de cujus* elege quem serão os destinatários do seu patrimônio quando operada a transmissão em razão de sua morte. Por esse motivo, Carlos Maximiliano explica que “não é a vontade de um morto que se cumpre; é a de um vivo que se executa após a sua morte”³⁶³.

A sucessão testamentária pressupõe que a aquisição de direitos hereditários decorre da intervenção da autonomia da vontade do autor da herança, o testador³⁶⁴. Nada mais justo, pois, que uma pessoa que durante sua existência economizou valores e formou patrimônio, fazendo uso de sua liberdade pessoal, queira transferir parte de seus bens ou a sua totalidade a

³⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 201.

³⁶² GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **Direito civil: sucessões**, 2007, p. 10.

³⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 338/339.

³⁶⁴ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito das sucessões**, 2014, p. 262.

peçoas que lhe pareçam merecedoras de uma retribuição, possibilitando assim que o titular regule a sua própria sucessão, por meio de testamento³⁶⁵.

A disposição de bens por meio de testamento ou codicilo, contudo, sofre limitações na forma e quanto ao conteúdo, segundo condições estabelecidas na própria lei. Quanto à forma, é preciso destacar que o testamento é um negócio eminentemente solene, contendo a norma jurídica todas as formalidades necessárias à sua validade e eficácia, de acordo com a modalidade escolhida pelo titular do patrimônio. O propósito do estabelecimento de uma excessiva formalidade seria assegurar a autenticidade e a liberdade da manifestação de vontade do testador.

De acordo com Silvio de Salvo Venosa, estas “são solenidades *ad substantiam* e não meramente *ad probationem*”, razão pela qual a sua preterição encerra o negócio jurídico de nulidade e pode ser, inclusive, pronunciada de ofício³⁶⁶. Em que pese Orlando Gomes defender que as solenidades do testamento “não se dispensam, por mais insignificantes que sejam, nem podem ser substituídas por outras, ainda que mais seguras”³⁶⁷, adverte que não se deve levar este formalismo ao extremo, não se justificando uma interpretação literal dos dispositivos sobre as formas testamentárias, no que vem sendo acompanhado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Tal flexibilização tem por finalidade assegurar a vontade do testador e proteger o direito de seus herdeiros, sobretudo o dos seus filhos³⁶⁸.

Uma das formalidades essenciais a estes instrumentos concerne à capacidade testamentária ativa, ou seja, as disposições legais a respeito de quem pode fazer testamento ou codicilo. Em princípio, é preciso ter a capacidade geral prevista para os atos e negócios jurídicos, estabelecida nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, excetuando-se o caso dos maiores de 16 anos, conforme dicção do parágrafo único do art. 1.860 do referido diploma normativo. O legislador estabeleceu que, além dos incapazes, “não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”³⁶⁹, devendo,

³⁶⁵ CATEB, Salomão. **Direito das sucessões**, 2011, p. 10.

³⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**, 2017, p. 201/202.

³⁶⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**, 1986, p. 101.

³⁶⁸ **REsp 302.767/SP**. Extraído de: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7927730/recurso-especial-resp-302767-pr-2001-0013413-0-stj>. Acesso em: 10/10/2017.

³⁶⁹ **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

neste caso, a incapacidade ser analisada especificamente segundo as circunstâncias do caso concreto. Não será, por óbvio, qualquer estado de conturbação que poderá retirar a capacidade de testar, mas somente aquele que possa retirar a plena consciência do testador. Vale destacar que a capacidade testamentária ativa deve ser aferida no momento da elaboração do testamento, pouco importando a superveniência de incapacidade do testador para fins de invalidade do instrumento ou da sua retomada para fins de convalidamento de instrumento nulo.

Por sua vez, quanto ao conteúdo, a liberdade de disposição patrimonial poderá não ser total, a fim de se garantir a tutela especial de certos herdeiros legítimos, chamados de necessários. A classe dos herdeiros necessários é composta, segundo o art. 1.845 do Código Civil de 2002, pelos descendentes, ascendentes e pelo cônjuge sobrevivente, debatendo a doutrina a inclusão do companheiro sobrevivente neste rol após o julgamento do RE 878.694 pelo Supremo Tribunal Federal³⁷⁰. Apesar de o voto do relator, Ministro Luis Roberto Barroso, ao equiparar o direito sucessório do companheiro ao do cônjuge, fazer menção apenas ao art. 1.829 do Diploma Civil, a doutrina majoritária defende sua plena equiparação, inclusive quanto à qualificação do companheiro como herdeiro necessário³⁷¹.

Carlos Maximiliano justifica essa limitação à liberdade de o indivíduo dispor de seu patrimônio para depois da sua morte em razão das “necessidades e conveniências sociais”; para esse autor, “é preciso cimentar os vínculos familiares, manter a união, a solidariedade e o afeto entre pais e filhos; daí resultam direitos e deveres. Não se impeça o testamento; limite-se, porém, a faculdade de dispor, desde que haja descendentes e ascendentes”³⁷²,

³⁷⁰ RE 878.694/STF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-878694-mg-minas-gerais-1037481-7220098130439/inteiro-teor-311628833>

³⁷¹ A favor da equiparação total dos direitos sucessórios, o que conferiria a qualidade de herdeiro necessário ao companheiro a doutrina majoritária representada pelos seguintes autores: Caio Mário da Silva Pereira, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Giselda M. Novaes Hironaka, Heloísa Helena Barboza, Paulo Lôbo, Maria Celina Bodin, Gustavo Tepedino, entre outros. Pela manutenção do rol de herdeiros necessários, prevista no art. 1.845 do CCB/2002: Luis Edson Facchin, Guilherme Calmon N. da Gama, Eduardo de O. Leite, Jorge Fujita, Maria Helena Diniz, Roberto Senise Lisboa, Rolf Madaleno, Euclides de Oliveira, Silvio de Salvo Venosa, Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Mário Luiz Delgado e outros.

³⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 28.

situação na qual, atualmente, também podemos incluir o cônjuge e até o companheiro.

A vontade do testador, por isso, não pode afastar da sucessão estes herdeiros necessários, aos quais é reservado, ao menos, metade da herança do *de cujus*, a chamada legítima, sujeitando-se o testamento que extrapolar a quota disponível à redução, conforme os artigos 1.966 a 1.968 do Código Civil de 2002. Para o cálculo da legítima, deve-se levar em conta o valor dos bens do falecido ao tempo da abertura da sucessão, não sendo relevante quando foi realizado o testamento, pois é a situação patrimonial no momento da morte que interessa à transmissão hereditária, após dedução das dívidas e despesas do funeral.

Destaque-se que a parte intangível da herança garantida aos herdeiros necessários não varia em razão do número destes. Nada impede, contudo, que o testador beneficie em seu testamento os próprios herdeiros necessários com a parte disponível dos seus bens, não havendo necessidade de, neste caso, respeitar a igualdade dos quinhões hereditários³⁷³. Assim, será possível que herdeiros necessários sejam beneficiados com quinhões distintos, desde que nestes estejam compreendidos, além da parte que lhes caiba na legítima, patrimônio relativo à parte disponível do testador.

Vale destacar, ainda, que o testamento também é meio hábil para manifestações de vontade de conteúdo não econômico, conforme estabelece o § 2º do art. 1.857 do Código Civil de 2002, correspondente a outras manifestações da liberdade pessoal, consistente na declaração de fatos existenciais, tal como o reconhecimento de filhos extramatrimoniais (art. 1.609) ou a nomeação de tutor aos filhos do testador (art. 1.634), bem como de desejos, recomendações acerca das cerimônias fúnebres (art. 1.881), entre outras disposições. Nesse contexto, Flávio Tartuce menciona a ideia de “testamento genético”, por meio do qual é possível determinar o destino de material genético para fins de reprodução póstuma, bem como de “testamento ético”, pelo qual o testador dispõe sobre valores, conselhos e experiências que possam ajudar nos projetos de vida de seus sucessores³⁷⁴.

³⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 123.

³⁷⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 6: Direito das sucessões**, 2016, p. 336.

Em resumo, para que o sucessor possa pretender o patrimônio do falecido haverá necessidade de um título jurídico do direito hereditário, traduzido na convocação do interessado pela lei ou pela manifestação de vontade do testador³⁷⁵. Advirta-se, todavia, que não basta a indicação do sucessor, de forma abstrata, na vocação hereditária ou sua instituição em ato de última vontade para a atribuição em si de herança, pois, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,

além da previsão legal, há necessidade de conjugação de outros elementos, como a legitimação sucessória, a sobrevivência, ainda que por um instante, do herdeiro indicado e a aceitação da herança. Só com o preenchimento desses requisitos é que se dará a transmissão hereditária. Daí por que é adequado qualificar a vocação hereditária como chamamento virtual, outorgando às pessoas designadas um título, ou fundamento hereditário, que as habilite a apresentar quando reclamarem a herança, para análise dos demais pressupostos indispensáveis à efetiva conversão do chamamento virtual em real³⁷⁶.

Dessa forma, é insuficiente a qualidade de sucessor, estabelecida pela previsão na ordem legal ou pela indicação em testamento, subordinando-se a transmissão hereditária à legitimação para suceder. O ordenamento jurídico, por vezes, estabelece regras específicas para que uma pessoa venha a exercer certos direitos, o que ocorre com o direito hereditário através da chamada legitimação sucessória. Esta legitimação para suceder é entendida como a aptidão específica para se tornar herdeiro ou legatário (sucessor) numa determinada sucessão.

A regra geral acerca da legitimidade sucessória, aplicável tanto à sucessão legítima quanto à testamentária, está disposta no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, que prescreve estarem legitimados a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”³⁷⁷.

Infere-se, de início, que a legitimação sucessória decorre do atendimento de um elemento essencial: o sucessor deve estar vivo no momento da abertura da sucessão, sendo nascido ou concebido, uma vez que a herança não se defere ao vazio, a ninguém. Quando o sucessor assume a

³⁷⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito das sucessões**, 2014, p. 117.

³⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 152.

³⁷⁷ **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

posição jurídica anteriormente ocupada pelo falecido, por óbvio, é indispensável sua existência na ocasião da morte do autor da sucessão. Tal regra é reflexo do princípio da coexistência, através do qual é preciso que o sucessor esteja vivo quando do óbito do titular do patrimônio para que possa recebê-lo³⁷⁸. Assim, o sucessor deve sobreviver ao *de cujus*, seja quanto tempo for, pois, como assevera Carlos Roberto Gonçalves:

A herança não se defere no vazio, não se transmite ao nada. A delação da herança pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido: *nascitur ubi sit et na sit*. Se naquele instante o herdeiro já é morto, defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos da imediata, se ele for o único³⁷⁹.

Não se transmite, portanto, a herança para pessoa já falecida. Nesse sentido, afirma Carlos Maximiliano, “não basta que no momento da morte do *de cujus* o sucessor já viva; é indispensável, também, que ainda viva”³⁸⁰. Caso falecido o herdeiro, pode operar-se a sucessão por direito de representação, na qual a lei contempla certos parentes daquele sucessor que faleceu a receber a herança em seu lugar. Trata-se da atribuição de direito hereditário por ficção jurídica, uma vez que os convocados por representação não seriam, a princípio, chamados a participar da sucessão, mas, ao representarem o sucessor primitivo, passam a ser tratados como sucessores do próprio falecido, recebendo o quinhão a que aquele tinha direito³⁸¹.

A primeira condição, então, para ter legitimidade sucessória é estar vivo no momento da abertura da sucessão, ou seja, ter sido o sucessor concebido, numa relação sexual ou por reprodução assistida, e, após a gestação, ter nascido com vida. De acordo com o artigo 29, inciso VI, da Resolução 1/1988 do Conselho Nacional de Saúde, que visa normatizar a pesquisa na área de saúde, o nascimento com vida “é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a

³⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 78.

³⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões**, 2012, p. 70.

³⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 123.

³⁸¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito das sucessões**, 2014, p. 154.

placenta”³⁸². O nascimento, assim, ocorre no momento em que o feto é separado do ventre materno, não importando se de forma normal ou prematura, esteja ou não rompido do cordão umbilical. O nascimento com vida marca o desligamento do novo ser humano de sua mãe, sendo essencial apenas que se desfça a unidade biológica³⁸³.

O citado art. 1.798 vai além, ao reconhecer legitimação sucessória também para o nascituro, ou seja, para aquele que foi concebido e ainda não nasceu. Nas precisas palavras de Carlos Maximiliano, “para suceder é indispensável já viver no momento do óbito do *de cuius*, embora sem existência autônoma”³⁸⁴.

A lei põe a salvo e protege o nascituro, como vem garantido no art. 2º do Código Civil de 2002, inclusive quanto aos seus direitos hereditários. Neste caso, se falecido o pai ou a mãe durante a gestação do filho, este, embora ainda não nascido, participará da sucessão do genitor, exigindo-se, porém, que nasça com vida, momento a partir do qual sucederá como se já tivesse nascido ao tempo da morte do pai/mãe. Segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida, “diferenciar os direitos sucessórios do nascituro em relação aos do já nascido não significa diminuir-lhe a importância como ser humano, mas apenas observar sua condição de pessoa por nascer”³⁸⁵.

A situação do nascituro na sucessão provoca debates quanto à natureza de seus direitos. Para Silvio de Salvo Venosa, o já concebido poderá vir a ser sujeito de direitos no futuro, gozando de um direito eventual enquanto não nascido³⁸⁶, o que significa que ele ingressa na relação de herdeiros, mas somente torna-se efetivamente um se e quando nascer com vida. Para Paulo Lôbo, o nascituro possui um direito expectativo, que incide imediatamente ao início da gravidez, sendo este resolúvel, visto que se encerra com o parto. Esclarece o autor que o direito expectativo existe desde a gestação, o que legitima a sua defesa, inclusive em juízo, por seu representante legal, no que difere da expectativa de direito, que diz respeito a direito que ainda não se

³⁸² **Resolução 1/1988 do Conselho Nacional de Saúde.** Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/1988/Reso01.doc>

³⁸³ COSTA, Maria Rosineide da Silva. **A concepção interpretativa de Ronald Dworkin. Abordagem pré-positivista sobre a tutela jurídica do embrião humano extracorpóreo, 2013**, p. 104.

³⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 121.

³⁸⁵ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**, 2000, p. 170.

³⁸⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**, 2017, p. 63.

constituiu³⁸⁷. Pontes de Miranda³⁸⁸, por sua vez, afirma que “há aquisição do direito à abertura da sucessão, porque não se há de confundir o direito expectado com o direito expectativo, que já existe enquanto há a pendência”. Já Maria Berenice Dias acredita que somente expectativas de direito são resguardadas ao nascituro, porquanto a aquisição da sua capacidade sucessória está sujeita a uma condição suspensiva, representada no nascimento com vida³⁸⁹.

Independentemente da natureza jurídica de seu direito, a justificativa da proteção aos direitos do nascituro é explicada pelo fato de que este provavelmente nascerá com vida, motivo pelo qual o ordenamento jurídico desde logo busca preservar seus interesses futuros, tomando medidas para garantir direitos que, com muita probabilidade, em pouco tempo serão seus³⁹⁰. Com o nascimento, o direito não somente se consolida, mas também retroage, no sentido de que caberão ao filho nascido todos os frutos e rendimentos da herança desde a data do óbito do seu genitor³⁹¹. Nascendo morto, entretanto, o nascituro não receberá a herança, deferindo-se, assim, a parte que lhe caberia a outros herdeiros.

Ocorre que, em face das novas técnicas de reprodução assistida, que permitem a fecundação extracorpórea do embrião humano, há toda uma nova discussão sobre o conceito de nascituro, bem como questionamentos acerca da necessidade da implantação no útero materno para que o embrião possa ser caracterizado como tal³⁹². A situação se torna realmente tormentosa quando se questiona a legitimidade sucessória em face da reprodução humana assistida *post mortem*, em que são utilizados gametas ou embriões crioconservados de pessoas já falecidas após a abertura da sua sucessão, o que merecerá um estudo aprofundado no capítulo seguinte.

Esta discussão gira em torno, basicamente, de saber se o local onde ocorre a fecundação é suficiente para distinguir a realidade do embrião, ou seja, se este pode ser considerado nascituro, ainda que não tenha sido efetuada a sua transferência para o útero feminino, ou se a situação pré-

³⁸⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 105.

³⁸⁸ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*, tomo LVIII, 1973, p. 4.

³⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das sucessões**, 2015, p. 130.

³⁹⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: sucessões**, 2002, p. 36.

³⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 126.

³⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 130.

implantatória importaria a sua inclusão em uma categoria jurídica diversa, o que poderia afastar a atribuição de direitos hereditários caso não estivesse implantado quando da abertura da sucessão. De antemão, já deixamos claro nossa opção pelo segundo entendimento, consubstanciado na distinção entre as figuras jurídicas do nascituro e do embrião pré-implantatório.

De toda forma, acreditamos que a existência de díspares e acirrados debates sobre a situação jurídica do embrião na reprodução humana assistida *post mortem* acaba por corroborar a premente necessidade de uma tutela legal específica, fazendo-se impreterível e urgente a construção do paradigma jurídico sobre o momento da concepção, a fim de que o conceito de nascituro possa ser delineado diante do cenário das novas tecnologias reprodutivas.

Apesar de toda a celeuma envolvendo o conceito de nascituro, é necessário destacar que nossa legislação reconhece ainda a possibilidade de atribuição de capacidade sucessória à pessoa que nem sequer se encontra concebida quando da morte do autor da sucessão. Trata-se de hipótese restrita à sucessão testamentária, em que o testador beneficia o filho que alguém pode vir a ter, a chamada filiação eventual. Pontes de Miranda esclarece que a finalidade da norma “é permitir o pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise), para lhe beneficiar a descendência”³⁹³.

Elucidam Cristiano C. de Farias e Nelson Rosenvald que este conceito indica

o filho que uma pessoa – que tem de estar viva no momento da abertura da sucessão do testador – virá a ter, no futuro. Não se trata de um nascituro (*conceptus*), que já está concebido no útero materno. Também não se restringe à figura do embrião criogenizado no laboratório. A prole eventual é a expressão mais ampla, dizendo respeito ao filho ainda não concebido de uma pessoa. É chamada também de *concepturo* ou de *nodum concepti*³⁹⁴.

De acordo com o art. 1.799, inciso I, do Código Civil de 2002, somente podem ser nomeados herdeiros testamentários os descendentes em primeiro grau da pessoa indicada pelo testador, não sendo a deixa testamentária estendida a netos ou quaisquer outros descendentes. Segundo Maria Berenice Dias, o testador pode eleger qual filho da pessoa indicada ele deseja

³⁹³ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo LVIII**, 1973, p. 19.

³⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 85.

beneficiar; se não fizer especificação alguma, ocorrendo o nascimento de mais de um filho, a herança deve ser repartida entre eles. Nesta última hipótese, ainda que hajam nascido os filhos da pessoa indicada quando da morte do testador, será necessário aguardar o decurso do prazo legal para verificar a ocorrência de outros nascimentos no período, o que faz com que a herança seja partilhada entre os já vivos e os concebidos posteriormente³⁹⁵.

O citado dispositivo ainda prescreve que as pessoas indicadas pelo testador, cujo filho será beneficiado com a herança, devem estar vivas ao abrir-se a sucessão. A lei exige, portanto, a especificação dos pais da filiação eventual no ato da elaboração do testamento. Nesta situação, é possível que o filho eventual seja de uma determinada pessoa com outra, estando ambas especificadas, sendo igualmente admissível que somente um dos pais esteja declarado em testamento, caso em que pouco importa quem é o outro (pai ou mãe)³⁹⁶, já que a Constituição Federal de 1988 admite a constituição de família monoparental.

Na hipótese em que apenas um dos pais do herdeiro não concebido estiver determinado, diverge a doutrina sobre a possibilidade de ser beneficiado o futuro filho do próprio testador, pois este genitor, quando for aberta a sua sucessão, já terá falecido, não podendo ser considerado como pessoa existente, aspecto que terá relevância na discussão dos possíveis direitos hereditários dos gametas e/ou embriões criopreservados utilizados na reprodução assistida póstuma.

Em defesa da teoria que permite a possibilidade de instituição de filiação eventual do próprio testador, seus adeptos³⁹⁷ afirmam que, havendo material genético armazenado em laboratório, bastaria haver referência no testamento somente ao pai ou mãe sobrevivente, indicando a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozoide, se testadora, para beneficiar os embriões provenientes de seu próprio material genético, mediante procedimento de procriação artificial *post mortem*, sendo este filho também do indivíduo supérstite³⁹⁸, posicionamento este que nos inclinamos a adotar.

³⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 130.

³⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 86.

³⁹⁷ A exemplo de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenthal, Carlos Roberto Gonçalves, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho e Ana Cláudia S. Scalquette.

³⁹⁸ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 217.

Em sentido contrário, entende José de Oliveira Ascensão que a resposta é negativa, pois “o que a lei prevê é a designação de filhos de outras pessoas existentes ao abrir-se a sucessão, não de filhos do testador”. Porém, o autor faz a ressalva de que, entendendo-se haver uma lacuna, por analogia, deveria se aplicar o mesmo regime, beneficiando-se também o filho do testador, situação em que esse deverá indicar quem será a mãe do beneficiário³⁹⁹.

De toda sorte, em que pese o dispositivo mencionar o prazo para “concepção”, há na doutrina quem defenda a possibilidade da origem da filiação eventual nomeada em testamento derivar não apenas do vínculo biológico, mas também do socioafetivo, ainda que no testamento conste expressamente manifestação no sentido de beneficiar apenas os filhos consanguíneos, em razão da norma constitucional insculpida no art. 227, § 6º, que veda diferenciações⁴⁰⁰. Acrescentam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que, assim, estar-se-ia imprimindo uma “interpretação mais ampla e justa à norma codificada”⁴⁰¹, interpretação esta em harmonia com os princípios constitucionais, com a qual compactuamos.

Enriquecedora é a lição de Giselda Hironaka sobre a matéria:

Contemplar os ainda não concebidos representa, para o testador, contemplar os filhos das pessoas que indicou, filhos estes que não conheceu nem conhecerá, quer porque não concebidos, quer ainda porque não adotados antes de sua morte. Em qualquer das hipóteses há um único traço condutor do querer do testador: contemplar aqueles seres que venham a ser filhos das pessoas por ele nomeadas em testamento⁴⁰².

Em sentido contrário, alguns autores admitem que o testador goza da faculdade de restringir a origem da filiação eventual à sua constituição biológica⁴⁰³. Numa interpretação ainda mais restritiva, Washington de Barros Monteiro discorre que:

A exceção, que atribui à prole eventual capacidade para adquirir por testamento, não compreende os filhos adotivos de pessoas designadas pelo testador. Efetivamente, este não

³⁹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas jurídicos da procriação assistida**, 1994, p. 78.

⁴⁰⁰ Opinião compartilhada por Giselda Hironaka, Maria Berenice Dias, Paulo Nader, Paulo Lôbo, Carlos Roberto Gonçalves, entre outros.

⁴⁰¹ GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, vol. 7: direito das sucessões**, 2017, p. 127/128.

⁴⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil, vol. 20**, 2003, p. 93.

⁴⁰³ Defendem esse pensamento Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.

podia ter tido em vista tais beneficiários, quando elaborou o ato de última vontade. Seu desejo não pode, portanto, ser desviado ou substituído pela vontade arbitrária da pessoa designada. De outra forma, fácil se tornaria a esta última burlar a disposição testamentária, bastando-lhe realizar o ato de adoção⁴⁰⁴.

Há mais um requisito para a capacitação sucessória do filho que alguém pode vir a ter: a sua concepção no prazo de até 02 (dois) anos, contados da abertura da sucessão. Este prazo – frise-se – não é para que ocorra o nascimento do sucessor esperado, mas apenas para que se confirme a sua concepção ou, em caso de filiação socioafetiva, para que seja constituído este vínculo. Assim, na tutela do futuro sucessor poderão ser somados dois prazos: um primeiro, de até 02 (dois) anos, a partir da abertura da sucessão, para que ocorra a concepção; e um segundo, variável, a partir desta concepção, para a gestação e o parto, caso a filiação não tenha origem socioafetiva. Desde que a concepção se verifique dentro do limite temporal de 02 (dois) anos, o nascimento poderá ocorrer após seu escoamento⁴⁰⁵.

Adverta-se que não há possibilidade de suspensão ou interrupção desse período, conforme preceitua o art. 207 do Código Civil de 2002⁴⁰⁶. Não obstante, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal defendem que o prazo de espera de 02 (dois) anos poderia ser alterado pelo testador, por meio de disposição expressa, ampliando-o ou diminuindo-o, em respeito à autonomia privada e com o intuito de respeitar a vontade do testador⁴⁰⁷, com o que discordamos. Da mesma forma que Pablo S. Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, acreditamos que tal prazo não admite flexibilização decorrente de autonomia da vontade, já que quando o texto legal menciona a ressalva “salvo disposição em contrário do testador”, está se referindo ao destinatário da herança na falta da filiação eventual nomeada, e não à possibilidade de alteração do prazo legal⁴⁰⁸. O certo é que, ultrapassado o prazo fixado em lei ou convencionado pelo testador, se assim for aceito, sem que ocorra ao menos

⁴⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 6, 1995, p. 200.

⁴⁰⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 109.

⁴⁰⁶ “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 86.

⁴⁰⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**, 2017, p. 126.

a concepção do sucessor esperado, perde eficácia a cláusula testamentária correspondente.

Com intuito assecuratório dos direitos hereditários desses sucessores ainda não concebidos, os bens da herança deverão ser reservados e confiados a um curador especialmente nomeado pelo juiz para sua administração, nos termos dos artigos. 130⁴⁰⁹ e 1.800 do Código Civil de 2002⁴¹⁰. Conforme dicção do § 1º do art. 1.800, a curatela desses bens “caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775”⁴¹¹, salvo disposição em contrário do testador. Concebido no prazo legal e vindo a nascer a pessoa indicada pelo testador, lhe é deferida a sucessão com frutos e rendimentos a partir da sua abertura.

Por derradeiro, a legitimação para suceder é regulada pela legislação vigente ao tempo da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.787 do Código Civil de 2002, não podendo nenhuma alteração legal, anterior ou posterior ao óbito, modificar o direito aquisitivo dos herdeiros.

De todo o exposto, é preciso traçar limites precisos a respeito do conceito de nascituro diante das novas tecnologias reprodutivas, a fim de se estabelecer o conceito jurídico de concepção humana e, a partir daí, verificar se aos filhos advindos de reprodução humana assistida *post mortem*, concebidos e/ou implantados após a morte do autor da sucessão, poderão ser igualmente atribuídos direitos sucessórios, tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária.

⁴⁰⁹ “Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutive, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”. **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴¹⁰ “Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴¹¹ **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

4 A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO CONCEBIDO *POST MORTEM* E O CONCEITO JURÍDICO DE CONCEPÇÃO

Como visto, a morte é o fato gerador da transmissão hereditária, que faz com que o patrimônio da pessoa falecida seja imediatamente atribuído àqueles que possuam título jurídico e legitimidade sucessória, no caso, aos sucessores nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, com exceção daqueles que ainda estão por nascer, que podem ser contemplados em cláusula testamentária.

Ocorre que o conceito de nascituro, entendido como o ser humano já concebido e ainda não nascido, vem sofrendo uma série de questionamentos quanto à sua extensão, pois o desenvolvimento de técnicas médico-científicas tornou possível ao homem manejar a vida fora do corpo humano. Não bastasse a dissociação entre a sexualidade e a procriação, uma vez que a fertilização pode ocorrer sem a prática de relações sexuais, as novas tecnologias afastaram, temporal e espacialmente, a origem e os efeitos da reprodução, pois foram criados mecanismos para a criopreservação de células sexuais e embriões humanos, possibilitando até que mesmo após a morte da pessoa, seu material fecundante venha a ser utilizado para geração de seus filhos.

Assim, com a possibilidade concreta de congelamento indefinido de material genético, é preciso investigar a solução concernente aos direitos sucessórios dos filhos oriundos da reprodução humana assistida póstuma, que foram fecundados e/ou implantados após a morte do seu pai e/ou mãe. Para tanto, faz-se necessário, desde logo, uma primeira distinção acerca da existência do embrião por ocasião da morte do pai e/ou mãe, ou apenas de gametas (sêmen/óvulo) congelados destinados à fecundação homóloga *post mortem* para fins de atribuição de direitos hereditários aos filhos assim gerados, tanto em relação à sucessão legítima quanto à testamentária.

Postas todas as situações possíveis geradas pelo procedimento *post mortem*, passaremos à análise das suas possíveis repercussões sucessórias para, ao final, explicitar qual deve ser a interpretação que entendemos como mais justa e coerente para esta específica situação. Pois, como bem salientado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, cabe ao jurista “revelar o conteúdo e o significado do direito a fim de aplicá-lo em conformidade com a realidade

social”⁴¹², motivo por que entendemos imprescindível a construção de um conceito jurídico de concepção.

4.1 A legitimidade sucessória na fecundação assistida *post mortem*

O artigo 1.597, inciso III, do Código Civil brasileiro de 2002 trata da presunção de filiação matrimonial em face de procedimento de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido.

O dispositivo enfoca a técnica de reprodução humana assistida denominada inseminação artificial, na qual o sêmen masculino é previamente colhido, selecionado e concentrado para, então, ser introduzido diretamente no útero feminino, através de procedimento laboratorial, com a finalidade de fecundar o óvulo feminino que aí se encontra.

A título de recapitulação, os gametas, representados pelos espermatozoides e pelo óvulo, são células sexuais que, no processo de reprodução, se fundem para formar o zigoto; este dará origem ao embrião, cujo desenvolvimento produzirá um novo ser humano. Na fecundação assistida, apesar da ausência de relação sexual, a fecundação dá-se *in vivo*, ou seja, dentro do aparelho reprodutor feminino, motivo pelo qual o óvulo e o espermatozoide podem não se fundir para formar o embrião. Ademais, o dispositivo exige que a fecundação se dê com material genético proveniente do próprio casal autor do projeto parental, visto tratar-se da hipótese de procedimento homólogo.

A despeito de esta norma fazer remissão ao uso de material genético apenas do homem, ao permitir a fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido “o marido”, em face do princípio da igualdade aplicado à liberdade de planejamento familiar antes exposto, a hipótese também deve se aplicar à utilização do gameta feminino na procriação assistida, mesmo após a morte da esposa, como já defendemos nos capítulos anteriores desta pesquisa. Neste caso, o óvulo da mulher, que havia sido previamente colhido, preparado e congelado, deverá ser implantado juntamente com o espermatozoide do seu marido ou companheiro no útero cedido temporariamente por uma terceira, a chamada

⁴¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 870.

mãe substituta, responsável, tão somente, pela gestação dessa criança, sem que com ela venha a construir qualquer tipo de vínculo parental.

É preciso destacar ainda que, no procedimento de fecundação assistida, o espermatozoide masculino e/ou o óvulo feminino – no caso deste último, em se tratando da hipótese de maternidade por substituição – podem ser colhidos *à fresco*, ou seja, instantes antes do procedimento de fecundação, ou estarem criopreservados, situação em que ficam conservados em nitrogênio líquido à temperatura de -196°C , com preservação da capacidade de fertilização e desenvolvimento embrionário inicial⁴¹³. Nesta segunda hipótese, é possível que os gametas masculino e/ou feminino fiquem armazenados por tempo indefinido depois de sua coleta e somente sejam fecundados e implantados após a morte do genitor que os disponibilizou, técnica denominada de fecundação assistida *post mortem*.

Inicialmente, é preciso delimitar a condição dos gametas em momento anterior à fecundação para fins de lhes atribuir eventuais direitos, o que inclui os de caráter sucessório. É pacífico o entendimento em torno da composição genética própria dos gametas sexuais, mas de seu potencial genético inerte, em razão de sua incapacidade de subsistir por si, ou seja, antes da fusão, tanto o espermatozoide quanto o óvulo não são aptos a originar um novo ser humano.

Sobre este aspecto, ensina Vincent Bourguet:

se estão unidos, os gametas não são mais gametas, mas um embrião; portanto, tomados separadamente eles não são, nem um nem outro, um embrião, nem pois têm a potencialidade do embrião (...). Isso é dizer que a individualidade do embrião equivale à conjunção, à adição pelo espírito de dois elementos separados na realidade cuja separação real justamente constitui a condição de sua existência enquanto entidades discretas. Ora, um indivíduo não é a soma de seus elementos e de suas propriedades, mas se manifesta justamente enquanto tal pela manifestação de propriedades emergentes, isto é, de propriedades que seus elementos não possuem. Assim, o ovo fecundado tem propriedades emergentes em relação aos elementos dos quais provém: as de desenvolver um organismo completo. Desse modo, a potencialidade do embrião é essencialmente de uma ordem diferente da potencialidade de um gameta⁴¹⁴.

⁴¹³ OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**, 2000, p. 59.

⁴¹⁴ BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação. Reflexões bioéticas sobre o embrião humano**, 2002, p. 34/35.

O embrião, portanto, não existe de antemão em qualquer dos gametas, pois é uma nova entidade que se origina da fusão destes, tanto que as células sexuais (espermatozoide e óvulo) são haploides, possuindo apenas 23 cromossomos, enquanto o embrião é uma célula diploide, com 46 cromossomos. Ademais, o embrião é uma célula totipotente, quer dizer, com potencialidade de originar todos os tecidos do corpo humano – potencialidade esta que não é verificada nos gametas em sua gênese.

Por este motivo, mesmo que a concepção humana seja entendida como o momento a partir do qual ocorre a fecundação, quer dizer, a penetração do espermatozoide no óvulo, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, ou somente concretizada com a nidação, isto é, com a fixação do embrião na parede do útero, os espermatozoides e o óvulo antes de sua fusão ou implantação são, portanto, considerados meros concepturos, aqueles que ainda não foram concebidos, embora haja a esperança de que venham a sê-los, pois podem ter sido idealmente planejados e colhidos para uma fusão futura.

A condição de concepturo atribuída aos gametas acarretaria repercussões negativas no direito sucessório numa situação em que a fecundação ocorre após o falecimento de um ou de ambos os genitores, visto que o art. 1.798 do Código Civil de 2002 somente atribui legitimidade aos sucessores nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Como destaca Carlos Maximiliano, “herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora, o *nada* não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo, nesse momento é preciso haver sucessor, *coexistirem* hereditando e herdeiro, testador e legatário”⁴¹⁵.

A partir desse referencial, se na data da morte do titular do patrimônio ainda não houver embrião, mas simplesmente gametas crioconservados provenientes do autor da herança, esse material genético até poderá ser empregado na concepção de uma nova pessoa, uma vez que a lei não impõe limite temporal à reprodução assistida póstuma; mas ao filho do falecido não poderia haver atribuição de nenhum direito hereditário, por não se encontrar

⁴¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**, 1958, p. 120.

concebido ao tempo da morte deste⁴¹⁶. Tendo o óbito ocorrido antes da fecundação, o direito sucessório ficaria vedado ao futuro nascituro, por ter sido a concepção, em seu sentido mais abrangente, efetivada após a morte do *de cujus*.

Nesta situação não haveria que se falar em tratamento discriminatório entre filhos, já que o filho póstumo não se encontrava concebido no momento da abertura da sucessão, condição para que seja reconhecido como sucessor. Em se tratando apenas de sêmen ou óvulo congelado, a ausência de atribuição de direito sucessório decorreria exatamente do princípio da isonomia, tendo em vista que as situações seriam absolutamente distintas, e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual⁴¹⁷.

O filho gerado depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen e/ou óvulo congelado, poderia, assim, sofrer distinções em relação aos filhos já nascidos ou concebidos antes daquele momento, porquanto anômala a situação, e, por consequência, poderia ter suprimido todo e qualquer direito sucessório. Por essa perspectiva, a isonomia não deve ser entendida tão somente como a proteção do patrimônio entre pessoas que disponham do mesmo *status* familiar, unicamente pela sua condição de filhos do *de cujus*.

Ademais, em que pese o art. 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002 permitir a presunção matrimonial de filiação a partir da fecundação assistida póstuma, esta norma conflitaria com outros dispositivos do mesmo diploma Civil, a exemplo do artigo 1.571, inciso I⁴¹⁸, que prescreve que o casamento se dissolve pelo falecimento de um dos cônjuges. Se o casamento, e também a união estável, se extingue com a morte de um dos cônjuges ou dos companheiros, como poderia ser aplicada a presunção de parentalidade ao filho concebido a partir de material genético de cônjuge ou companheiro já falecido?

Neste sentido, afirma Maria Helena Diniz que

⁴¹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 274.

⁴¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 83.

⁴¹⁸ “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; (...)”. **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

o morto não mais exerce direitos e nem tem deveres a cumprir. Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798)⁴¹⁹.

Dissolvido o casamento ou a união estável pela morte de um ou de ambos os cônjuges ou companheiros, não haveria que se falar em presunção de parentalidade, ainda que de forma presumida. Em não sendo reconhecido efeito à filiação decorrente do uso do procedimento póstumo, tampouco se poderia falar em reconhecimento de direitos sucessórios.

Jussara Maria Leal de Meirelles considera, também, que em matéria sucessória não seria cabível o acolhimento de um sucessor cuja existência dependesse de ato de vontade de terceiros, no caso, de um médico e da mulher receptora, pois, “segundo os critérios legais, ou o herdeiro é designado pelo testador ou é determinado legalmente”⁴²⁰. Ainda que haja autorização do pai e/ou mãe falecida para a adoção do procedimento póstumo, a reprodução somente se concretizará a partir da concordância de uma pessoa, que levará adiante a fecundação *in vivo* com o auxílio de equipe médica especializada.

Ainda há o risco de subversão de gerações que o congelamento indefinido de gametas e de embriões, pode representar. Assim, uma pessoa que provenha geneticamente de outra pode vir a nascer depois dos bisnetos dessa última, através da reprodução póstuma, podendo causar um quadro problemático à sucessão.

De outro norte, há quem defenda o reconhecimento do direito à herança no caso de fecundação assistida *post mortem* justamente em razão da presunção de filiação advinda do uso desta técnica. Havendo consentimento expresso no sentido de autorizar a fecundação póstuma e sendo inafastável o estabelecimento do vínculo paterno-filial, porque esse procedimento é autorizado por lei a gerar esse efeito, não haveria como não reconhecer a atribuição de direitos hereditários, já que um dos efeitos do estado de filiação é

⁴¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, 2012, p. 687.

⁴²⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: **Novos temas de biodireito e bioética**. BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.), 2003, p. 89/90.

a outorga de herança. A atribuição de direitos hereditários, portanto, decorreria do simples fato de ser filho do *de cujus*.

Assim, aqui também se utiliza como fundamento para o acolhimento do direito sucessório do filho oriundo de fecundação póstuma o princípio da igualdade da filiação, só que a partir de uma perspectiva diferente, pois o não reconhecimento de seus direitos sucessórios implicaria distinção ou discriminação entre os filhos concebidos enquanto vivos os seus pais e aqueles frutos de fertilização *post mortem*. O direito à herança, constitucionalmente garantido no art. 5º, inciso XXX, não estabelece nenhuma restrição, razão pela qual deveria estar fundado no simples estado de filiação presumido.

Acrescente-se que não haveria, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, como ser garantido o reconhecimento de um filho, ainda que por presunção, sem que os direitos referentes a esse reconhecimento estejam assegurados, o que inclui os de natureza sucessória. Assim, a não atribuição de herança a este filho póstumo depois implicaria atentado contra a sua dignidade.

Neste caso, havendo a autorização específica para o procedimento póstumo, não seria possível excluir o direito de quem nasceu com o consentimento do genitor que o desejava como filho, ou seja, o embrião seria criado, ainda que após o óbito, com o objetivo de atender a um projeto parental iniciado em vida pelo genitor falecido, projeto que não poderia ser excluído nem em razão da sua morte. Desta forma, a simples manifestação de vontade do autor da herança constituiria elemento decisivo para a aquisição de direitos pelo filho póstumo. Somente não haveria possibilidade de reconhecimento de direito hereditário em relação ao genitor falecido caso a fertilização *post mortem* houvesse ocorrido sem sua autorização expressa ainda enquanto vivo. Não havendo vontade direcionada à procriação *post mortem*, não haverá atribuição de parentalidade e, por consequência, não poderão ser reconhecidos direitos hereditários.

Acrescenta Caio Mário da S. Pereira:

Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido “na constância do casamento”, estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero concepturo), plenamente equiparado ao que, já

concebido por processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão⁴²¹.

Desta forma, os concebidos após a morte do pai e/ou mãe e nascidos a qualquer tempo deveriam ser considerados sempre concebidos na constância do casamento. A presunção de parentalidade, instituída no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002 implicaria a adoção de uma ficção jurídica, a saber, a constância do matrimônio como momento da concepção, ainda que um dos cônjuges já esteja falecido. Assim, não importaria se a concepção (fecundação) propriamente dita ocorreu após a morte do genitor, pois, por força da presunção legal, o filho é considerado sempre como se tivesse sido concebido na constância do casamento, isto é, em momento anterior à abertura da sucessão. Na esteira desse entendimento, assevera Cristiano Colombo:

De sua construção, depreende-se que o artigo de lei foi além do estabelecimento da presunção de paternidade, o dispositivo em comento presume fictamente o momento em que ocorreu a concepção, qual seja, “na constância do casamento”, estabelecendo, portanto, termo presuntivo ficto de concepção para a hipótese de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Logo, se por definição legal presume-se que a concepção deu-se na “constância do casamento”, há que se presumir fictamente e, para todos os efeitos legais, que a concepção ocorreu quando o pai ainda se encontrava vivo⁴²².

Para esses autores, há de se estender a presunção do direito de família ao direito sucessório, considerando também a presunção legal de concepção para fins de legitimação sucessória, estando o inseminado *post mortem* “presente” no momento da abertura da sucessão.

Admitida que fosse a sua legitimidade sucessória, caberia indagar por qual modo poderia o filho póstumo garantir a satisfação de seu direito hereditário. Desta forma, após o seu nascimento, competiria a este filho reivindicar sua parte na sucessão por meio de habilitação nos autos do inventário, quando este ainda estiver em curso, ou por meio de ação de petição de herança, se já finalizado aquele processo. Considerando que o direito à herança é um direito fundamental, ainda que tenha ocorrido o trânsito em

⁴²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. VI**, 2017, p. 32

⁴²² COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**, 2012, p. 229.

julgado da partilha de bens, os efeitos da sentença não atingiriam o herdeiro concebido e nascido após o encerramento do inventário.

A petição de herança é uma ação que pode ser interposta pelo sucessor com a finalidade de ser reconhecido o seu direito sucessório e obtida, consequentemente, a restituição da herança de quem indevidamente a possui, parcial ou totalmente, gozando da qualidade de herdeiro ou mesmo sem título, nos termos do art. 1.824 do Código Civil de 2002⁴²³. Esta ação será cabível sempre que o patrimônio do *de cujus* tiver sido transmitido, ou estiver em via de sê-lo, para pessoa que não detém o direito de recebê-lo, ainda que não totalmente, ou estiver indevidamente na posse de quem não possui a qualidade de sucessor⁴²⁴. A petição de herança é o remédio adequado para contestar a atribuição de herança viciada pela preterição de algum sucessor, impondo a sua restituição, no todo ou em parte, com seus acessórios e rendimentos, desde a morte do *de cujus*, ao preterido, tutelando, assim, a sua posição jurídica de herdeiro.

A Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal estipula que “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”⁴²⁵, ou seja, a pretensão de demandar os direitos hereditários está sujeita à extinção pelo decurso do tempo. Por não haver o legislador fixado um prazo específico para esta ação, adota-se, de acordo com o art. 205 do Código Civil de 2002, o lapso temporal limite de dez anos, a contar da abertura da sucessão⁴²⁶.

É imperioso destacar, todavia, que nenhum prazo prescricional corre contra absolutamente incapazes, os menores de 16 (dezesesseis) anos, motivo por que aos filhos concebidos após a abertura da sucessão haverá de ser reconhecido um prazo prescricional diverso e que se somará: aos dez anos do artigo 205, serão acrescentados mais 16 (dezesesseis) anos, conforme o artigo

⁴²³ **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 248.

⁴²⁵ **Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1986>

⁴²⁶ **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

198, inciso I⁴²⁷, todos do Código Civil de 2002, visto que somente a partir desse momento tem início o transcurso do prazo prescricional.

Além disso, em se considerando a fecundação como o momento da concepção, é preciso acrescentar ainda o prazo da gestação, que pode durar até 10 (dez) meses, uma vez que a hipótese cuida de reprodução a partir de material biológico congelado. Neste prisma, o prazo prescricional para que o filho advindo de reprodução assistida póstuma reclame o seu direito hereditário seria de 26 (vinte e seis) anos e 10 (dez) meses, a contar da data provável da gravidez, considerando que ocorra o seu nascimento com vida⁴²⁸.

Some-se ainda a circunstância de que o prazo prescricional da ação de petição de herança só deve correr entre os presentes, ou seja, para aqueles cuja condição de sucessor já esteja reconhecida, pois, sem esta, não teria como a parte exercer o direito de pleitear participação na herança, conclusão infirmada a partir do disposto no art. 189 do Código Civil de 2002⁴²⁹. Na esteira desse entendimento, a princípio, o marco inicial do prazo prescricional da petição de herança para o filho póstumo seria a concepção (fecundação), e não a abertura da sucessão do *de cujus*, tendo em vista que somente a partir deste momento aquele possuiria capacidade para ser considerado sucessor do falecido. Desta forma, é possível que não haja início do lapso prescricional de imediato, vindo tal prazo, na prática, a se estender por muitos anos.

Aberta a sucessão e iniciado o respectivo inventário, havendo espermatozoides ou óvulos congelados, poder-se-ia indagar acerca da possibilidade de se reservarem bens ao “futuro” filho, por analogia à previsão do art. 1.800 do Código Civil de 2002⁴³⁰, que garante proteção do interesse patrimonial da filiação eventual nomeada em testamento. Entendemos, contudo, que não seria conveniente tal medida, já que a presunção de filiação decorrente do art. 1.597 do Código Civil de 2002 é uma mera probabilidade,

⁴²⁷ “Art. 198. Também não corre a prescrição: I – contra os incapazes de que trata o art. 3º; (...)”. **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴²⁸ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 171/172.

⁴²⁹ “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴³⁰ “Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”. **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

cujas eventualidades não estão sujeitas a nenhum prazo. Assim, não haveria como reconhecer o direito à reserva de bens da herança para um ser nem sequer concebido, que não tem previsão ou limite legal algum para vir a ser concebido. Nesse sentido, Paulo Lôbo ensina que os filhos não concebidos “são o nada, uma simples possibilidade, uma mera previsão psicológica”⁴³¹.

Se, todavia, em decorrência da norma insculpida no art. 1.798 do Código Civil de 2002, não forem reconhecidos os direitos hereditários aos filhos advindos de gametas criopreservados, fecundados e implantados *post mortem*, alguns doutrinadores, a exemplo de Silvio Venosa, trazem como alternativa à preservação do interesse patrimonial daqueles a atribuição de herança através da sucessão testamentária que favorece a filiação eventual⁴³². A filiação eventual seria uma possibilidade de procriação futura, ou seja, os filhos que podem vir a acontecer, que uma pessoa poderá vir a ter no futuro, situação na qual poderiam ser incluídos os gametas criopreservados, já que podem vir a ser fecundados ou não, implantados ou não, viáveis ou não.

Embora tenha se afirmado que não se transmite herança para pessoa que não existe no momento da abertura da sucessão, o próprio Código Civil de 2002 permite, por meio de disposição testamentária, que o *de cujus* indique os filhos que terão determinadas pessoas, reservando-lhes a participação na herança que no futuro se abrir, caso haja sua concepção dentro de um prazo estabelecido em lei. Neste sentido, reza o art. 1.799, inciso I, do Código Civil de 2002 que, na sucessão testamentária, poderão ser chamados a suceder “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”⁴³³. Ou seja, o falecido pode contemplar, em seu testamento, pessoa que nem sequer está concebida no momento de sua morte. Dessa forma, tendo em vista que os gametas criopreservados são considerados concepturos, estes poderiam vir a receber herança mediante disposição testamentária, ainda que sua fecundação e implantação ocorressem após a morte de seu genitor.

Nesta situação a lei exige a especificação dos pais da filiação eventual, no ato da elaboração do testamento, tendo em vista que é pressuposto de

⁴³¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**, 2016, p. 108.

⁴³² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: sucessões**, 2017, p. 63.

⁴³³ **Código Civil brasileiro de 2002.**

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

eficácia da disposição testamentária que os beneficiados a serem concebidos sejam filhos de pessoas vivas no momento da abertura da sucessão do titular do patrimônio que se transmite. É possível, entretanto, que somente um dos pais esteja especificado, não importando quem seja o outro⁴³⁴, já que a Constituição permite a constituição de família monoparental. A família monoparental é a entidade formada apenas pela mãe ou pelo pai e seus descendentes, ou seja, composta pela presença de um único dos genitores, que será responsável pelo sustento, educação e criação dos filhos.

Tendo em vista que não há legislação infraconstitucional que aborde o tema, e que tampouco o Código Civil de 2002 delimitou os direitos e obrigações dessa família, a doutrina vem tentando estabelecer as condições para a sua constituição, o que compreende a discussão a respeito da sua origem, pois é possível que a família monoparental seja derivada da morte de um dos genitores ou da separação ou divórcio dos pais, mas também pode surgir através da adoção por pessoa solteira ou da reprodução humana assistida por pessoa sozinha ou, ainda, após a morte do cônjuge ou companheiro do genitor sobrevivente.

A partir desse raciocínio, põe-se questão controvertida quanto à possibilidade de que a filiação eventual advenha do próprio testador, até porque, quando for aberta a sua sucessão, este já terá falecido, não podendo ser considerado como pessoa existente. Para os que aceitam a possibilidade de instituição de filhos eventuais do próprio testador, bastaria haver referência no testamento tão só ao pai ou mãe sobrevivente(a), indicando a doadora do óvulo, se testador, ou o doador do espermatozoide, se testadora, para beneficiar os embriões provenientes de seu próprio material genético, mediante procedimento de procriação artificial *post mortem*⁴³⁵. Ou seja, a sucessão testamentária se daria em relação ao próprio filho futuro do testador.

Neste caso, não se imporia a obrigação de aguardar indefinidamente o nascimento do filho eventual, ainda que o reconhecimento do estado de filiação possa ser presumido a qualquer tempo. O Código Civil de 2002, no § 4º do artigo 1.800, contempla o decaimento do direito de herdar se o beneficiário eventual da deixa testamentária não for concebido em até dois anos após a

⁴³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Sucessões**, 2015, p. 86.

⁴³⁵ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 217.

abertura da sucessão, sem possibilidade de suspensão ou interrupção do referido prazo. Advirta-se, contudo, que o prazo de dois anos não é para o nascimento, mas para a concepção do herdeiro esperado, ressaltando-se que o direito à sucessão da filiação eventual nomeada em testamento concebida dentro desse prazo legal somente se consolidará se este sucessor vier a nascer com vida, recebendo a herança com todos os frutos e rendimentos, a partir da abertura da sucessão⁴³⁶. Trata-se, por conseguinte, de uma previsão incerta e condicional, pois a transmissão hereditária somente produzirá efeitos se for concebido no prazo legal e nascer com vida o futuro filho da pessoa indicada pelo testador, que poderá ser ou não também seu filho.

Ocorre que o estabelecimento de um prazo para que o filho póstumo possa reclamar eventuais direitos sucessórios poderá ser entendido como um tratamento diferenciado em relação aos demais filhos já nascidos ou concebidos do testador, violando dispositivo constitucional que determina a igualdade da filiação⁴³⁷. Segundo essa linha de raciocínio, a tutela da filiação com o reconhecimento de direitos hereditários adstritos a um limite temporal implicaria suposta incoerência, já que nosso sistema jurídico repele a desigualdade e proíbe expressamente a discriminação entre os filhos; assim, não poderia haver tratamento distinto ao filho nascido em resultado da utilização de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, cabendo-lhe, por via de consequência, o direito de participar na sucessão daquele(a) que lhe foi juridicamente designado pai ou mãe, independentemente do tempo em que ocorreu a fertilização dos gametas e a implantação do embrião após o óbito de seu genitor.

Partindo do pressuposto da admissibilidade da nomeação de filiação eventual do próprio testador, seus direitos hereditários poderiam vir a ser assegurados mediante a reserva dos bens que compõem o seu quinhão da herança, que seriam confiados a um curador especialmente nomeado pelo juiz para a sua administração, nos termos dos artigos 130⁴³⁸ e 1.800, ambos do Código Civil de 2002. Conforme dicção do § 1º do art. 1.800, a curatela desses

⁴³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**, 2015, p. 51.

⁴³⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**, 2005, p. 87.

⁴³⁸ “Art. 130. Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”. **Código Civil brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

bens “caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775”⁴³⁹, salvo disposição em contrário do testador. Refere Maria Berenice Dias a possibilidade de ocorrer nascimento de herdeiros gêmeos, quando então deverá ser imposta a renovação da partilha⁴⁴⁰, tendo em vista que a reserva de quinhão é feita tomando como parâmetro a existência de um único futuro sucessor.

Por fim, ainda que não identificados quaisquer direitos hereditários, seja quanto à sucessão legítima ou à sucessão testamentária, defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama que, no atual estágio da matéria no direito brasileiro, se a paternidade for estabelecida com fundamento na fecundação homóloga *post mortem* e tal efeito não constituir legitimidade para fins de direitos sucessórios, isto poderia conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação pelos danos materiais que sofrer de seu pai ou mãe que se encontre vivo, bem como dos profissionais que auxiliaram na procriação assistida utilizando-se de material genético de cônjuge ou companheiro já falecido⁴⁴¹.

Em resumo, quanto à sucessão legítima, a legitimidade do gameta criopreservado, que somente foi fecundado e implantado após a abertura da sucessão de seu progenitor, pode acarretar o não reconhecimento de seu direito hereditário, em razão da interpretação literal do art. 1.798 do Código Civil de 2002, que impõe a concepção como pressuposto para a atribuição da qualidade de herdeiro, bem como da inadequação da incidência de presunção de parentalidade quanto ao filho concebido *post mortem*, haja vista que o casamento é dissolvido pelo falecimento de um ou de ambos os cônjuges.

De outro norte, esta legitimidade pode vir a ser atribuída justamente em razão do reconhecimento da ficção jurídica do estado de filiação, pelo qual é considerado sempre concebido na constância do casamento o filho nascido, a qualquer tempo, a partir de procedimento de reprodução assistida homóloga, cabendo-lhe demandar o seu direito hereditário por meio de habilitação no inventário ou de ação de petição de herança, quando finda a partilha de bens.

⁴³⁹ **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 131.

⁴⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**, 2003, p. 733.

O princípio da igualdade entre os filhos é, portanto, utilizado por ambas as correntes, sob enfoques diversos, ora para destacar a situação anômala do filho póstumo, ora para defender a impossibilidade de uma suposta categorização dos filhos.

Já em relação à sucessão testamentária, há quem entenda ser possível a atribuição de direitos sucessórios ao gameta fecundado *post mortem*, por analogia à situação da filiação eventual descrita no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil de 2002, razão pela qual seria assegurada a reserva de bens por meio de curador nomeado judicialmente, a fim de resguardar os interesses patrimoniais do futuro e incerto filho durante o prazo legal de espera para sua concepção. Em sentido contrário, argumenta-se a impossibilidade de o testador beneficiar a sua própria prole eventual em seu testamento, haja vista que os genitores do herdeiro esperado indicados naquele instrumento devem estar vivos ao abrir-se a sucessão, o que não poderia ocorrer em caso de reprodução humana assistida *post mortem*.

Filiamo-nos ao posicionamento que compreende que o espermatozoide e o óvulo, se ainda não fecundados quando do momento da abertura da sucessão, devem ser considerados meros concepturos, ou seja, pessoas não concebidas, ainda que atribuído à criança assim gerada o estado de filiação por presunção. Tal circunstância, por consequência, inviabilizaria a atribuição de direitos sucessórios, com exceção da possibilidade de sua nomeação em testamento como filho eventual do testador, desde que o outro genitor esteja devidamente especificado na cédula testamentária, tendo em vista que o Código Civil de 2002 não exige a especificação de ambos os pais da filiação eventual e nossa Carta Magna reconhece a família monoparental como entidade familiar juridicamente tutelada, independentemente da sua origem.

A única forma de um filho oriundo de fertilização *post mortem* vir a suceder seu genitor falecido seria, portanto, mediante a atribuição de herança por meio de testamento, condicionando-se, ainda, o efetivo recolhimento do patrimônio à sua concepção no prazo legal de 02 (dois) anos, a contar da abertura da sucessão e posterior nascimento com vida.

4.2 A legitimidade sucessória no uso dos embriões excedentários *post mortem*

É importante ressaltar que, apesar de todo o avanço da biotecnologia, na utilização das técnicas de reprodução humana assistida há uma grande incerteza acerca da viabilidade do embrião concebido extrauterinamente, motivo por que muitos óvulos são fecundados com vistas a obter a maior taxa possível de sucesso no procedimento. Após exame laboratorial, somente os embriões considerados mais aptos serão implantados no útero materno, sujeitos, ainda, a um limite quantitativo, a depender da idade da mulher receptora, definido na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina⁴⁴², implicando muitas vezes o congelamento dos embriões supranumerários. O embrião excedentário é aquele que sobrou no processo de reprodução humana assistida e que se encontra criopreservado, aguardando alguma destinação, inclusive uma futura tentativa de implantação no útero materno.

Em caso de sucesso na nova tentativa de procriação assistida, mediante a utilização de embrião excedentário, fruto da fecundação do óvulo da esposa pelo espermatozoide do marido, o legislador permite o reconhecimento jurídico da parentalidade ao filho assim nascido, ainda que venha a ser implantado após a morte de um dos cônjuges ou de ambos. Nesse sentido, o art. 1.597, inciso IV, do Código Civil de 2002 consigna a presunção de filiação matrimonial aos filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”⁴⁴³.

A dúvida que se coloca é saber se o embrião criopreservado e implantado após a morte de um dos seus genitores ou de ambos pode ser considerado como concebido ao tempo da abertura da sucessão deste(s) para fins de outorga de seus direitos hereditários, já que o art. 1.798 do Código Civil de 2002 atribui a qualidade de herdeiro somente em favor de quem já nasceu ou foi concebido antes da morte do titular do patrimônio.

Elucidando a problemática, afirma Silvio de S. Venosa:

⁴⁴² **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho federal de Medicina.** Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>

⁴⁴³ **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

Há quem sustente que a lei, ao falar em “pessoa já concebida”, não distingue o *locus* da concepção e não impõe que esteja implantado, exigindo apenas e tão somente a concepção. No entanto, outros afirmam que não há como deixar de reconhecer que a concepção a ser protegida é quando o embrião já se encontra implantado no aparelho reprodutor da mãe. Somente a partir desse instante passam a ser resguardados seus direitos potenciais do nascituro. Afinal, nascituro significa “o que há de nascer”⁴⁴⁴.

A despeito das discussões biológicas que permeiam o tema, já delineadas nesta pesquisa, entendemos que é preciso definir a noção jurídica do termo concepção, para fins de delimitar em que momento ela se dá – quando da fecundação, seja *in vivo* ou na proveta, ou da implantação do embrião no organismo feminino –, pois será este conceito determinante na atribuição ou não de direitos hereditários ao embrião criopreservado, objeto de procedimento de procriação póstuma. Para tanto, passaremos a analisar todas as possíveis soluções e argumentos envolvendo a implantação póstuma de embrião criopreservado.

4.2.1 O reconhecimento pleno da condição de sucessor ao embrião criopreservado

Para uma primeira corrente, se o legislador elegeu o momento da concepção como o marco da legitimidade sucessória, a regra do art. 1.798 do Código Civil de 2002 deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, como reconhecido pelo Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal, *in verbis*: “A regra do art. 1.798 deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”⁴⁴⁵.

Os adeptos dessa linha de pensamento defendem o reconhecimento da fecundação, ou seja, da união entre os gametas masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo), que resulta na formação do embrião, independentemente do

⁴⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**, 2012, p. 397.

⁴⁴⁵ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

local onde esta ocorra, como parâmetro para a definição do momento da concepção humana a ser tutelado pelo direito das sucessões. Por esse motivo, não há que se distinguir a fecundação natural, na qual o sêmen masculino se une ao óvulo fertilizando-o dentro do organismo da mulher, da fecundação medicamente assistida, em que a fertilização se dá a partir da manipulação laboratorial dos gametas com posterior implantação no útero feminino para desenvolvimento da gravidez, no que diz respeito à atribuição de direitos hereditários, inclusive quando o procedimento de procriação assistida tiver ocorrido após o óbito de um dos genitores ou de ambos. Neste último caso, apesar de morto o genitor quando da implantação e nascimento de seu filho, o embrião que lhe deu origem já se encontrava fecundado, ou seja, o filho se encontrava concebido ao tempo da abertura da sucessão do genitor falecido.

Sobre o assunto, interessante trazer a lume a opinião de Shirley Mitacorá de Souza e Souza Lima:

Embora a sua fertilização tenha sido uma situação provocada pela Ciência, a existência deste embrião já independe de qualquer esforço humano. A Ciência só pôde facilitar a fusão do espermatozoide e do óvulo, ela ainda não pode simular a existência de um embrião em uma simples proveta, nem muito menos dispensar a fusão daquelas células germinativas para a sua obtenção. Assim, o resultado de uma FIV não é um “embrião científico”, um embrião fabricado, e sim um embrião que poderia ter se formado no útero materno, contendo as mesmas especificações genéticas, se não houvesse nenhuma impossibilidade orgânica para isso⁴⁴⁶.

Conforme já analisado no capítulo 3, para a teoria concepcionista a individualização do ser concebido marca o início da sua vida, o que ocorre a partir da fecundação, tendo em vista que desde esse instante ele adquire, mesmo que biologicamente dependente, uma carga genética própria e única, que não se confunde nem com a do seu pai nem com a da sua mãe. Ainda que o embrião somente tenha a capacidade de se desenvolver até o nascimento por meio da sua implantação no organismo feminino e que este local seja o único hábil tal fim, não haveria como aceitar que ele seja considerado mera parte do corpo da gestante, com o que concordamos.

⁴⁴⁶ SOUZA LIMA, Shirley Mitacorá de Souza e. **Tratamento jurídico do embrião**, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7221/tratamento-juridico-do-embriao/1>

Dessa forma, uma vez ocorrida a fecundação, o embrião teria adquirido o *status* de concebido e em consequência, de sucessor, visto que o Código Civil de 2002, ao pôr a salvo os direitos do nascituro em seu art. 2º, não faz distinção alguma entre concepção natural ou artificial.

Completa Fabio U. Coelho:

A lei não distingue, no tocante à concepção, se ela é natural (proveniente de relações sexuais) ou artificial (fecundação *in vitro* ou inseminação). Desse modo, não há como discriminar as hipóteses. Tanto a pessoa que, na data do falecimento do autor da herança, já se encontrava concebida naturalmente como a que se concebera por processo de fertilização assistida têm capacidade para suceder⁴⁴⁷.

Parece, entretanto, ser indispensável ao reconhecimento de direitos hereditários na reprodução humana assistida *post mortem*, mediante a utilização de embriões criopreservados, a permanência da vontade do genitor que foi anteriormente manifestada no âmbito do projeto parental e que não foi revogada antes de seu falecimento⁴⁴⁸. Autorizada a implantação *post mortem*, seria irrelevante o momento em que ela venha a ocorrer, já que não seria possível excluir o direito de quem nasceu com o consentimento de quem o desejava como filho, pois a morte do genitor não excluiria o vínculo de filiação que foi aceito em vida por este⁴⁴⁹. Estar-se-ia impedindo, dessa forma, o afastamento da sucessão de quem é filho, concebido a partir do anseio de seu genitor, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 consagra o direito ao livre planejamento familiar em seu art. 226, § 7º, o que também incluiria a reprodução assistida póstuma.

Se a lei admite a reprodução humana assistida *post mortem*, o filho assim gerado não poderia ter suprimido nenhum direito decorrente da filiação, o que inclui os direitos sucessórios, pois, se assim não for, poder-se-ia argumentar a ocorrência de desigualdade entre herdeiros da mesma classe, uma espécie de filiação imperfeita ou de segunda categoria⁴⁵⁰. Nesse mesmo sentido aduz Samantha Dufner:

⁴⁴⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5**, 2016, p. 273.

⁴⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**, 1995, p. 393.

⁴⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2015, p. 133.

⁴⁵⁰ FERRAZ, Carolina Valença. **A proteção jurídica do embrião *in vitro***, 2011, p. 88.

Considerando que a lei não faz gradação de direitos e não limitou o vínculo da filiação, não cabe ao intérprete fazê-lo: todos os direitos decorrentes da filiação devem ser aplicados ao embrião; filhos são todos iguais perante a lei, e merecem os mesmos direitos, tratamento e consideração – artigo 227, parágrafo 6º, da Carta Magna –, pouco importando se advindos da cópula carnal ou das técnicas de reprodução assistida com posterior congelamento⁴⁵¹.

Na medida em que o texto constitucional consagra a igualdade entre os filhos, compreendendo no conceito de filiação a relação jurídica advinda do critério biológico, através da cópula ou método artificial, bem como do critério socioafetivo, sendo considerados filhos aqueles acolhidos pelo seio familiar a qualquer tempo, o embrião congelado utilizado na procriação assistida póstuma deveria ser considerado filho para todos os fins, inclusive quanto aos seus direitos hereditários. Desta forma, se partiria do pressuposto de que este princípio constitucional não poderia admitir que a forma de fertilização e o tempo em que a implantação do embrião tenha se dado sejam utilizados como *discrímen* razoável para retirar do filho póstumo o direito a recolher o acervo da herança de seu genitor falecido.

Defender o contrário poderia, até mesmo, ser tomado como um atentado contra a dignidade do filho concebido por meio de reprodução humana assistida *post mortem*, já que o reconhecimento de seu direito sucessório passa pela consideração de sua filiação e sua inclusão como membro de uma família⁴⁵². Por essa razão, para que a interpretação do art. 1.798 tenha o seu sentido explicitado em consonância com os ideais de inclusão e de proteção à dignidade humana, consubstanciados na Constituição Federal de 1988, o embrião laboratorial, mesmo que venha a ser implantado após a morte de seu genitor e desde que nasça com vida, não poderia ser privado do seu direito sucessório.

Jéssica Leal e Silva Macêdo enfatiza que, para o embrião criopreservado,

existência digna significa o direito de ser considerado ser humano, detentor de direitos, e *principalmente igual aos demais seres humanos*. Dessa forma, presente se faria a igualdade protegida pelo princípio que ora se analisa,

⁴⁵¹ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 125.

⁴⁵² FERRAZ, Carolina Valença. **A proteção jurídica do embrião *in vitro***, 2011, pg. 83 a 113.

afastando-se o preconceito da diferenciação, que não se coaduna com o instituto em comento⁴⁵³. (*grifo nosso*)

Nesta via de raciocínio, a igualdade no direito parental que busca identificar os mesmos direitos relativos às pessoas dos filhos de um mesmo pai ou de uma mesma mãe, poderia impor a irrelevância da origem da filiação, o que incluiria aquela decorrente de reprodução humana assistida *post mortem*, pois, uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade, todos os filhos do mesmo genitor deveriam ter, estritamente, todos os direitos reconhecidos, inclusive os de natureza patrimonial, sem possibilidade de diferenciação. Por este motivo, adverte Pasquale Stanzione *apud* Juliana Fernandes Queiroz: “deve-se estar atento para não se criar uma categoria de filhos artificiais e se evitar qualquer discriminação com relação às circunstâncias do nascimento”⁴⁵⁴.

Embora o tempo seja relevante para a aferição de direitos hereditários, este critério não deveria nunca se sobrepor aos laços genéticos e familiares, pelos quais se impõe a atribuição de direito de herança ao filho póstumo gerado a partir de embriões excedentários após a morte de seu genitor. E mais, os filhos nascidos com a utilização do espermatozoide ou óvulo após a morte do genitor não deveriam sofrer as consequências de atos realizados pelos seus pais e consagrados pela omissão da lei⁴⁵⁵.

Sobre o assunto, conclui José Luiz Gavião de Almeida:

Reconhecendo o legislador efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação⁴⁵⁶.

⁴⁵³ MACÊDO, Jéssica Leal e Silva. **O direito sucessório e o instituto da fertilização *in vitro* post mortem de embriões criopreservados**, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-de-embrioes-criopreservados>

⁴⁵⁴ STANZIONE, Pasquale. Procreazione assistita e categorie civilistiche. Milano: Giuffré Editore, 1998, p. 862. In: QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 228.

⁴⁵⁵ FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião *in vitro***, 2011, p. 249.

⁴⁵⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado, volume XVIII**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

Ainda no que diz respeito ao reconhecimento do estado de filho, como já consignado no art. 1.597, inciso IV, do Código Civil de 2002, reputa-se concebido “na constância do casamento” o filho gerado a partir de embriões excedentários utilizados em reprodução humana assistida “a qualquer tempo”, o que abrangeria o procedimento realizado *post mortem*. Sob esse prisma, restaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimidade hereditária, ou seja, seria o filho póstumo, para os efeitos legais decorrentes da presunção, um nascituro, plenamente equiparado ao que, já concebido através de conjunção carnal e em fase de desenvolvimento intracorpóreo, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão.

Para Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho,

a possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana⁴⁵⁷.

Não havendo, portanto, impedimento ao seu reconhecimento como herdeiro legítimo, na medida em que já se considera concebido, ainda que extrauterinamente, ao tempo da morte do autor da sucessão, também não haveria óbices ao seu reconhecimento como herdeiro testamentário, porquanto o art. 1.798 estabelece uma regra de direito material tanto para a sucessão em virtude de lei quanto para aquela baseada no ato de última vontade do falecido. Por esse motivo, para fins de garantia do direito do embrião excedentário criopreservado à participação na sucessão testamentária, não haveria necessidade de recorrer a nenhuma analogia aos dispositivos que regulam os direitos hereditários reconhecidos à filiação eventual, até mesmo porque se, por esse entendimento, o embrião já se encontra concebido, não teria sentido suscitar o prazo estabelecido no art. 1.800, § 4º, do Código Civil de 2002. Uma vez concebido, a sua implantação poderia se dar a qualquer tempo.

⁴⁵⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgMk0AJ/fecundacao-artificial-post-mortem-direito-sucessorio>.

Reconhecidos seus direitos sucessórios, caberia, então, perquirir como a efetivação destes restaria assegurada. O Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal estabelece que os efeitos patrimoniais da vocação hereditária do embrião *in vitro* se submetem às regras previstas para a petição da herança⁴⁵⁸. Como já referido no tópico anterior, a ação de petição de herança, cabível para reclamar a restituição de direitos sucessórios de algum herdeiro preterido, prescreve em dez anos, a contar da abertura da sucessão, porém, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, este prazo somente se inicia quando o filho póstumo completar 16 (dezesseis) anos, diante da regra do artigo 198, inciso I, do Código Civil de 2002⁴⁵⁹.

Sobre o prazo prescricional da ação de petição de herança, cumpre ainda trazer a lume o esclarecimento de Heloisa Helena Barboza, para quem a observância do princípio da plena igualdade entre os filhos não implicaria o afastamento desse limite temporal, haja vista tratar-se de direito de natureza patrimonial⁴⁶⁰.

Não obstante, poderia ainda se pretender a aplicação das normas relativas à administração da herança e que impõem a reserva de bens do inventário ao nascituro, no caso dos embriões criopreservados antes de sua transferência para o útero de uma mulher. É o que defende Carolina Ferraz, para quem é razoável, mesmo antes da implantação e em nome da presunção de filiação, reservar bens em razão da mera possibilidade de aquela ocorrer, entregando-os a curador nomeado pelo juiz da causa, por prazo suficiente para que possa ocorrer a implantação em útero materno e o respectivo nascimento sem atropelos⁴⁶¹.

Ousamos discordar dessa hipótese, primeiramente por não compreendermos que o conceito de nascituro abrange o do embrião pré-implantatório e pelo fato de que as medidas conservatórias e assecuratórias

⁴⁵⁸ **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>

⁴⁵⁹ **Código Civil brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴⁶⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. TEPEDINO, Gustavo (org.), 2008, p. 327.

⁴⁶¹ FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião *in vitro***, 2011, p. 117/119.

para a proteção dos interesses do nascituro na sucessão de seu ascendente teriam data previsível para se convolverem em atribuição concreta de direitos sucessórios a quem nascer e confirmação do quadro definitivo de sucessores, o que não ocorre em relação ao embrião crioconservado, já que não existe prazo máximo para que se proceda à sua transferência. Acreditamos que não pode a sucessão ficar em estado de indefinição por ter deixado o falecido embriões criopreservados para fins de reprodução assistida *post mortem*, pois, como alerta Christina Feó, “o embrião é uma possibilidade (não uma certeza, pois inúmeros deles a própria natureza descarta sem qualquer intervenção humana) concreta de se transformar numa pessoa humana”⁴⁶².

Ademais, o reconhecimento do direito à reserva de bens não se mostraria razoável, na medida em que seria necessário acautelar tantos quinhões quantos fossem os embriões congelados, haja vista que não há certeza alguma quanto à quantidade de embriões que virão a se desenvolver até a sua maturidade, havendo a possibilidade de que todos aqueles que se encontram aptos a ser implantados virem a nascer com vida. Assim, entendemos que a administração provisória não se aplica ao caso de haver apenas embrião criopreservado, a fim de se impedir a indesejada procrastinação do fenômeno sucessório em virtude de uma simples hipótese, talvez nunca verificável em concreto⁴⁶³.

Oportuna, ainda, a lição de Sérgio A. Simeão, para quem “deixar o quinhão do embrião no inventário em suspenso indefinidamente fere obviamente os princípios da atividade econômica, da livre circulação de bens, nos termos do art. 170 e seguintes da Constituição Federal”⁴⁶⁴. A reserva de bens ao embrião criopreservados, portanto, não nos parece uma opção apropriada.

A permanência do embrião do finado em congelamento por tempo indeterminado acaba por abrir precedente para o questionamento ainda quanto à insegurança jurídica atrelada à sucessão, já que a partilha dos bens poderia vir a ser alterada muito tempo depois de encerrado o inventário. É de se

⁴⁶² FÉO, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano**, 2010, p. 62.

⁴⁶³ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***, 2010, p. 171.

⁴⁶⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**, 2015, p. 178.

ressaltar que a segurança jurídica está atrelada a uma ideia de estabilidade e continuidade da ordem jurídica, bem como de previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta. Neste sentido, sabendo-se de antemão quem e quantos são os sucessores legitimados, a partilha não deveria sofrer alterações pela superveniência de herdeiros até então inexistentes.

Não obstante, defende Samantha Dufner que

A insegurança jurídica não repousa no surgimento do filho muitos anos depois da morte de seu pai biológico, a reivindicar seus direitos de herança. Isto também acontece com filhos gerados pela cópula carnal fora da relação matrimonial, que são protegidos pela lei no que tange aos seus direitos. Porquanto, o filho gerado fora da relação matrimonial via relação sexual, que surgirá anos depois do falecimento de seu pai, tem a garantia legal de propor ação de investigação de paternidade – imprescindível – e gozará dos direitos de herança e nome, independentemente da anuência da viúva ou dos irmãos. Ainda que a partilha tenha passado em julgado, a lei civil prevê a possibilidade de exigir seu quinhão em sobrepartilha por ação de petição de herança⁴⁶⁵.

É verdade que, muitas vezes, algum sucessor não vem a ser arrolado como herdeiro, restando excluído da partilha, por ser desconhecido dos demais sucessores ou por ser maliciosamente ocultada a sua existência. É o chamado herdeiro preterido, que pode ser um dos herdeiros legítimos ou testamentários, para o qual a lei coloca à disposição a ação de petição de herança com vistas a reclamar o seu direito sucessório indevidamente suprimido, o que poderia vir a alterar partilha eventualmente consolidada no tempo, desde que manejado o remédio processual dentro de seu prazo prescricional.

Sobre a segurança jurídica, destaca Jéssica Leal e Silva Macêdo que esta implica “mais a segurança do ordenamento como um todo, que a sua aplicação a um grupo de indivíduos com direitos já protegidos”, o que significa reconhecer que a implantação de embriões excedentários em procedimento póstumo não causaria perda a nenhum dos envolvidos, pois

os filhos já havidos não perderão a qualidade de filhos legítimos nem os direitos inerentes a ela. O falecido verá sua vontade realizada, o que deve ser observado e obedecido, inclusive, por aqueles que ele já havia gerado. E o direito

⁴⁶⁵ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 101.

também não perde, pois cumprirá sua função precípua: fazer justiça.

Nada impede, no entanto, que os demais herdeiros possam se insurgir contra a indeterminação deste prazo de reivindicação de direitos sucessórios pelo filho que poderá vir a nascer de um procedimento de reprodução humana assistida *post mortem* a partir do uso de embriões excedentários crioconservados. Neste caso, poderiam os demais sucessores legitimados, socorrendo-se dos meios processuais cabíveis, declarar a impossibilidade do surgimento futuro desse herdeiro possível, a partir de uma perícia médica que declarasse a inviabilidade do embrião congelado, porquanto tal prova afasta, de forma conclusiva, a existência do novo herdeiro.

Outra saída proposta por Samantha Dufner seria a fixação de prazo pelo magistrado, o que demandaria certa discricionariedade, a considerar as peculiaridades do caso, como idade e saúde da futura gestante, tempo de congelamento, ato de liberalidade de gestar um ou mais filhos, entre outros fatores, para que o embrião criopreservado fosse implantado⁴⁶⁶. Neste último caso, contudo, a situação desembocaria novamente na discussão acerca da possibilidade de impor um tempo predeterminado – agora não pela lei, mas pelo magistrado – para o nascimento de um filho do *de cujus*, tendo em vista que tal situação poderia ser entendida como ofensa ao princípio constitucional que determina a igualdade da filiação, assim como também à liberdade de planejamento familiar.

Para os que defendem a legitimidade sucessória do embrião formado por qualquer das técnicas de reprodução assistida, sem exclusão de nenhuma, inclusive a procriação póstuma, a atribuição de herança a este sucessor significaria, em última análise, uma interpretação conjunta e harmoniosa dos artigos 1.597, 1.798 e 1.829, I, do Código Civil de 2002. Dessa forma, o embrião criopreservado, ainda que não implantado ao tempo da morte de seu genitor, seria considerado sucessor para todos os efeitos, pois já concebido (fecundado) ao tempo da abertura da sucessão, concretizando seu direito sucessório a partir do seu posterior nascimento com vida, na medida em que

⁴⁶⁶ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 161.

“ser filho é ser detentor de direitos fundamentais de personalidade e patrimoniais que persistem contra o tempo”⁴⁶⁷.

Em síntese, a atribuição de plenos direitos hereditários ao embrião criopreservado transferido ao útero de uma mulher após o falecimento de um ou de ambos os seus genitores estaria fundamentada no *status* de concebido advindo da fecundação, por opção à teoria concepcionista, bem como da presunção jurídica do estado de filiação, o que, por consequência, acarretaria a vedação ao tratamento desigual entre os filhos do autor da sucessão, não havendo que se falar, por fim, em ofensa à segurança jurídica, um conceito relativo dentro do direito hereditário, já que a partilha de bens pode ser alterada mediante a propositura da ação de petição de herança por qualquer herdeiro preterido, até mesmo muito tempo depois de encerrado o inventário e concretizada a partilha de bens.

4.2.2 O reconhecimento do embrião criopreservado como sucessor atrelado a um limite temporal

Com a intenção de não permitir que a perspectiva da reprodução assistida *post mortem* se prolongue indefinidamente no tempo, alguns doutrinadores defendem o estabelecimento de um prazo na lei para a realização do procedimento de implantação do filho póstumo. Opina Eduardo de Oliveira Leite que melhor seria que, em vez de se referir à possibilidade de reprodução assistida “a qualquer tempo”, o que vai de encontro à partilha definitiva, o legislador tivesse estabelecido um prazo determinado, sem possibilidade de disposição contrária, por meio de testamento ou qualquer outra declaração de vontade, para implantação dos embriões excedentários, tal qual fez em relação à concepção da filiação eventual, de forma a se evitar a duração perigosa de um estado condominial não desejado pelo legislador e pelos demais sucessores. A submissão a um lapso temporal definido afastaria “o risco de se fomentarem situações indesejadas de indefinição”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 181.

⁴⁶⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família**, 2013, p. 191/193.

O genitor sobrevivente, então, a partir de um prazo predeterminado na própria lei e ciente de antemão deste, disporia de tempo razoável e suficiente para concretizar o planejamento familiar iniciado enquanto vivo seu cônjuge falecido, garantindo, igualmente, certa segurança aos demais sucessores quanto ao possível surgimento de novos herdeiros.

Na linha dessa interpretação, ensina Ana Cláudia Scalquette:

Quanto aos filhos já existentes à época do falecimento, não poderiam se prevalecer da anterioridade de seus nascimentos diante da vontade expressa de seu genitor de que seu material genético ainda pudesse ser utilizado, gerando, dessa forma, outros descendentes. Quanto aos filhos ainda não concebidos – em caso de congelamento de sêmen –, ou ainda não implantados – caso já fossem embriões –, teriam seus direitos patrimoniais resguardados por prazo determinado e, o mais importante, com regra clara e preestabelecida, possibilitando a organização e o planejamento de seus nascimentos pelo genitor sobrevivente⁴⁶⁹.

A situação gira em torno do conflito de interesses em que, de um lado, está o direito subjetivo do embrião congelado, via representante legal, de reivindicar seu direito à herança e, de outro, o direito subjetivo dos demais herdeiros, os quais, diante da incerteza da implantação e do nascimento com vida deste embrião, não querem ter a herança embaraçada indefinidamente⁴⁷⁰.

Fixado em lei o prazo para a implantação do embrião excedentário fruto de reprodução humana assistida *post mortem*, no entanto, poderia ser questionada uma possível injustiça quanto à não atribuição de herança ao filho introduzido no útero de uma mulher e nascido após este período. Explica Ana Cláudia Scalquette:

Seria isso injusto? Parece-nos que, se visto somente sob o ângulo daquele que perdeu seus direitos, sim; todavia, a concretização dos direitos dos demais herdeiros já existentes não pode ficar *ad eternum* na expectativa da realização dessa condição suspensiva, qual seja, o não nascimento de possíveis irmãos⁴⁷¹.

Seria preciso, então, não se olvidar a dosimetria dos interesses envolvidos, devendo haver harmonia entre os direitos sucessórios e a estabilidade social, o que se faria, segundo esta corrente, com a adoção de um

⁴⁶⁹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 213.

⁴⁷⁰ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 161.

⁴⁷¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 213.

prazo para a utilização do embrião excedentário na procriação artificial póstuma. Após o falecimento de um dos genitores, portanto, havendo autorização para uso do seu material genético congelado, se decorrido o prazo fixado em lei sem que o embrião venha a ser implantado no útero feminino, não haveria de ser reconhecido qualquer direito patrimonial em relação aos bens do genitor falecido, seja em relação à sucessão legítima, seja quanto à testamentária. Há, contudo, opiniões divergentes quanto a este limite temporal.

Uma primeira corrente defende que a implantação dos embriões criopreservados na reprodução assistida póstuma deve concretizar-se no prazo de 02 (dois) anos, a contar da abertura da sucessão, em analogia ao prazo contemplado no § 4º do art. 1.800 do Código Civil de 2002 para a concepção da filiação eventual nomeada pelo testador (art. 1.799, I)⁴⁷². Esta é a posição adotada por Ana Cláudia Scalquette, para quem o prazo de dois anos “se considera razoável, aceitável por analogia ao prazo testamentário e por uma questão de viabilidade do embrião crioconservado em laboratório de reprodução assistida”⁴⁷³.

Para Paulo Lôbo, não seria sequer preciso a criação de uma norma própria a tutelar esta situação, pois há resposta adequada no sistema jurídico brasileiro, aplicando-se analogicamente a regra dos filhos não concebidos, instituída em testamento, inclusive quanto ao tempo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que a concepção no ventre materno se realize⁴⁷⁴.

Divergindo, em parte, do citado civilista, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem ser necessária uma regulamentação legal específica, que leve em consideração os avanços da tecnologia e a segurança jurídica, e que, apesar de reconhecer que não se afigura a melhor solução, recomenda a adoção também do prazo de dois anos, na linha do § 4º do art. 1.800 do Código Civil de 2002, para que ocorra a implantação do embrião no útero materno, sob pena de, após esse prazo, não deixar de ser considerado filho do falecido, mas não ter assegurado seu direito sucessório⁴⁷⁵.

⁴⁷² **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁴⁷³ SALDANHA, Ana Cláudia. **A tutela do embrião humano**, 2015, p. 157.

⁴⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 106/107.

⁴⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões**, 2017, p. 133.

Uma segunda corrente aponta para a possibilidade de reserva do direito do embrião criopreservado, desde que implantado até o limite temporal de 03 (três) anos após o óbito de seu genitor, tomando como parâmetro o art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que estabelece neste período uma presunção de viabilidade do embrião congelado⁴⁷⁶. O conceito legal de embriões inviáveis, fornecido pelo inciso XIII do art. 3º do Decreto 5.591/05, que regulamenta os dispositivos da Lei 11.105/05, considera assim aqueles

com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião⁴⁷⁷.

Dessa forma, a inviabilidade embrionária pode ser decorrente de alterações genéticas que acarretam a incompatibilidade com a vida ou de alterações morfológicas/evolutivas, que implicam a ausência de desenvolvimento de gravidez após a transferência do embrião⁴⁷⁸. É preciso que se esclareça que a inviabilidade do embrião para a implantação não conduz, necessariamente, à sua inviabilidade para a pesquisa científica, pois, para a segunda hipótese, somente são considerados inviáveis os embriões que tiveram seu desenvolvimento espontâneo interrompido por ausência espontânea de clivagem, podendo ser utilizados aqueles embriões com patologias genéticas, descartados para a reprodução assistida. A ausência de divisão celular, portanto, faz com que os embriões não sirvam nem ao implante nem às pesquisas⁴⁷⁹.

Acrescente-se que, segundo esta corrente, se a Lei de Biossegurança considera embriões inviáveis aqueles congelados há mais de três anos, não haveria como sustentar outro prazo para a realização da reprodução humana

⁴⁷⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**, 2010, p. 214.

⁴⁷⁷ **Decreto nº 5.591/05**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm

⁴⁷⁸ RAMOS, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire. **Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia**, 2015, p. 73.

⁴⁷⁹ SALDANHA, Ana Cláudia. **A tutela do embrião humano**, 2015, p. 80.

assistida, porque este embrião seria considerado inapto para implantação no útero materno⁴⁸⁰.

Apesar dessas críticas, há Projeto de Lei (PL nº 4.892/2012) com vistas a estipular referido lapso temporal à transferência dos embriões excedentários *post mortem*. O art. 59 deste esboço legislativo dispõe que, “tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até três anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado”⁴⁸¹.

Uma terceira opinião quanto a este prazo legal, capitaneada por Carolina V. Ferraz, defende como razoável à proteção dos direitos e interesses do embrião criopreservado e, ao mesmo tempo, à segurança das relações jurídicas, o prazo de 05 (cinco) anos para que ocorra a implantação dos embriões excedentários. Para a referida autora,

Com relação à pessoa concebida, mas ainda não nascida, para que ela seja implantada e venha a nascer, consolidando os direitos de propriedade sobre os bens adquiridos pela sucessão hereditária, acreditamos que um lapso temporal suficiente para que haja garantia aos seus direitos hereditários seria de cinco anos a contar da abertura da sucessão, ou seja, levaríamos em consideração o lapso temporal considerado seguro para a implantação e o tempo indicado pela lei brasileira, como sendo o máximo para que pessoa futura viesse a ser confirmada na condição de herdeira⁴⁸².

Assim, o prazo de 05 (cinco) anos seria razoável por refletir a junção do período de presunção de viabilidade do embrião criopreservado, conforme art. 5º da Lei 11.105/2005, com o prazo legal de concepção da prole eventual instituída por testamento, nos termos do § 4º do art. 1.800 do Código Civil de 2002.

Por fim, há quem defenda, como Valéria S. G. Cardin, a aplicação do prazo de 10 (dez) anos, a contar da abertura da sucessão, para a implantação desse futuro sucessor no útero materno, o qual, nascendo com vida, poderá,

⁴⁸⁰ SALDANHA, Ana Cláudia. **A tutela do embrião humano**, 2015, p. 156.

⁴⁸¹ **Projeto de Lei nº 4.892/2012.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>

⁴⁸² FERRAZ, Carolina Valença. **A proteção jurídica do embrião *in vitro***, 2011, p. 119.

por meio de seu representante legal, ainda naquele lapso temporal, ingressar com a ação de petição de herança para reclamar seus direitos hereditários⁴⁸³.

Ainda que pudesse ser estabelecido este limite temporal de 10 (dez) anos, acreditamos, contudo, que o fundamento utilizado para a sua delimitação não se sustenta, em face da inobservância da previsão do artigo 198, inciso I, do Código Civil de 2002, segundo o qual não corre prescrição contra absolutamente incapazes. Ou seja, o lapso temporal iniciado quando da abertura da sucessão, estabelecido como limite à transferência do embrião criopreservado em reprodução póstuma, não deveria estar associado ao exercício da ação de petição de herança, já que diverso seria seu termo inicial.

A fixação de prazos, qualquer que seja a opção do legislador, para que ocorra a implantação do embrião excedentário fruto de reprodução assistida homóloga no ventre materno, a partir da morte de seu genitor, e, após o nascimento, para que o herdeiro assim concebido se habilite como tal à sucessão, se mostraria como uma saída razoável em prol de uma segurança jurídica, ainda que esta, no processo sucessório, seja relativa até o esgotamento do prazo prescricional da ação de petição de herança.

Saliente-se, contudo, que é praticamente unânime entre os que apoiam o estabelecimento de um prazo para a atribuição dos direitos sucessórios do filho gerado por meio de reprodução humana assistida *post mortem* a partir de embriões excedentários, o entendimento acerca da irrenunciabilidade e da imprescritibilidade dos direitos de filiação destes filhos póstumos. Neste caso, a norma que reconhece a filiação matrimonial presumida não estenderia os seus efeitos para além do direito de família, motivo pelo qual não caberia a atribuição de direitos sucessórios aos descendentes que viessem a nascer após o falecimento de seu genitor e o escoamento do prazo legal de implantação. Em outras palavras, ultrapassado o prazo estabelecido em lei para a implantação do embrião criopreservado, a criança assim gerada teria assegurado o reconhecimento do seu estado de filiação, mas restaria privada do direito à herança decorrente dessa relação de parentesco tardiamente constituída.

⁴⁸³ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. **Revista de Ciências Jurídicas – UEM**, v. 7 n. 1, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/viewFile/10963/6014>.

O estabelecimento de prazo para a implementação do embrião congelado, entretanto, poderia suscitar uma suposta violação ao tratamento igualitário entre os filhos, haja vista que uns herdariam – aqueles já nascidos ou implantados no momento ou até certo prazo depois da morte do genitor –, enquanto outros teriam suprimido seu direito à herança – aqueles implantados após o referido prazo⁴⁸⁴. Por consequência, a imposição de limite temporal à técnica poderia importar em questionamentos quanto à violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, em relação ao genitor sobrevivente, que restaria privado de concretizar o desejo de ter filhos com seu parceiro, ainda que este já estivesse morto, bem como ao princípio do livre planejamento familiar, já que as pessoas teriam direito de escolher se e quando terão seus filhos, cabendo ao genitor sobrevivente, portanto, submeter-se à reprodução assistida *post mortem* no momento que lhe aprouvesse, desde que previamente autorizado pelo genitor falecido. Acolhidos tais argumentos, uma vez implantado o embrião congelado, a qualquer tempo, e vindo a nascer o filho desejado, nada impediria a realização de uma sobrepartilha a fim de contemplar o filho póstumo.

Em conclusão, reconhecendo o direito ao emprego da reprodução humana assistida *post mortem*, sem olvidar a não perpetuação da indefinição quanto à partilha do acervo hereditário, alguns doutrinadores defendem o estabelecimento de um limite temporal, predeterminado em lei, para fins de implantação dos embriões excedentários e sua admissão à sucessão legítima e testamentária do progenitor já falecido, oscilando entre o período de 02 (dois) a 10 (dez) anos a contar da abertura da sucessão, em que pese haja argumentos contrários à fixação de qualquer prazo, consubstanciados nos princípios da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar.

4.2.3 A impossibilidade de reconhecimento de legitimidade sucessória ao embrião criopreservado

⁴⁸⁴ DIAS, Helena Soares Souza Marques. **A reprodução humana assistida homóloga *post mortem*: uma análise à luz do direito sucessório**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reproducao-humana-assistida-homologa-post-mortem-uma-analise-a-luz-do-direito-sucessorio-brasileiro,48757.html>

Vimos que uma primeira corrente doutrinária entende que a concepção equivale ao momento da fecundação, ainda que extrauterina, do óvulo pelo espermatozoide, o que significaria o enquadramento sucessório dos filhos “concebidos” antes da morte do autor da herança, ainda que sua implantação no útero materno e o nascimento com vida se desse após a abertura da sucessão, por meio de reprodução humana assistida *post mortem*.

Não restam dúvidas que o momento da junção dos gametas feminino e masculino, formando o embrião, marca o surgimento de um novo ser humano, inteiramente diferente de seus pais, não sendo sua natureza biológica ampliada ou diminuída ao longo de seu desenvolvimento, o que somente se conclui com a morte. Acontece que esta interpretação da concepção vista exclusivamente sob o aspecto biológico pode não ser suficiente para definir o marco inicial dos direitos sucessórios desse possível futuro filho, conforme será neste tópico demonstrado.

Não se deve olvidar que o embrião fecundado *in vitro* e congelado, apesar de ser, sob o aspecto bioético, um ser vivo, não possui uma atividade orgânica mínima indispensável ao seu desenvolvimento, podendo nunca vir a ser implantado e nascer com vida. Sob esse aspecto, alerta Lee M. Silver que “a diferença entre vida e morte é causada por pequenas diferenças no microambiente, experimentadas não só pelos embriões, como também pelas células embrionárias durante o processo de congelamento ou descongelamento”, motivo por que este autor conclui que “o embrião congelado nem está vivo nem morto, mas num terceiro estado, inteiramente diferente”⁴⁸⁵.

Em que pese o congelamento não alterar a condição humana do embrião e não acarretar a destruição de suas células – pelo contrário, o resfriamento acaba por preservar suas condições ao longo de certo tempo⁴⁸⁶ –, sobram questionamentos quanto à equiparação do embrião criopreservado ao conceito de nascituro, ou seja, daquele que há de nascer.

Nascituro é um termo que vem sendo compreendido como o ser humano já concebido e em desenvolvimento, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo. Diferentemente, o embrião criopreservado não tem possibilidade concreta de nascer, na medida em que seu desenvolvimento foi sobrestado

⁴⁸⁵ SILVER, Lee M. **De volta ao Éden**, 2001, p. 92.

⁴⁸⁶ DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião**, 2015, p. 83.

com o congelamento e somente se tornará viável quando alojado em um meio ambiente compatível e adequado para tanto, estando a transferência do embrião *in vitro* para o útero sujeita, entre outros fatores, à vontade dos interessados no desenvolvimento deste novo ser. Em outras palavras, os embriões excedentários advindos da reprodução humana assistida não possuem a mesma potencialidade daqueles embriões surgidos da reprodução natural, pois estes irão se desenvolver, a não ser que alguém interfira no processo, enquanto aqueles somente se desenvolverão se houver interferência externa⁴⁸⁷.

Na hipótese de reprodução humana assistida, portanto, a pessoa ainda não existe e talvez mesmo nunca venha a existir, razão pela qual o Direito não deverá ficar à mercê da vontade do genitor sobrevivente em implantar o embrião excedentário quando bem aprouver. Esta situação, todavia, não configura limites quanto à liberdade de planejamento familiar, mas tão somente restrição quanto aos possíveis direitos sucessórios atribuídos aos filhos póstumos. Assim, a pessoa ou o casal têm a liberdade de definir se e quando terão seus filhos, inclusive após o falecimento de qualquer um deles ou de ambos, mas tal circunstância não apresentaria repercussões quanto ao recolhimento de herança do filho concebido tardiamente, que teria, assim, afastada a sua legitimidade sucessória.

É importante que se considere que o nascimento do embrião criopreservado não pode ser tido como um fato futuro e certo, até porque, para a reprodução humana assistida, são fertilizados vários embriões e a maioria deles não resultará numa fecundação com sucesso. Na verdade, o nascimento do embrião crioconservado se apresenta mais como um fato improvável e incerto, motivo pelo qual não poderia ser considerado nascituro⁴⁸⁸. Neste mesmo sentido opina Shirley Mitacoré de Souza e Souza Lima: “não há, pela própria particularidade da criopreservação, pela falta de gestação que torne ainda mais certo o nascimento esperado, como viabilizar que o embrião

⁴⁸⁷ FRIAS, Lincoln. **A ética no uso e da seleção de embriões**, 2012, p. 78/79.

⁴⁸⁸ ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. **O início e o fim da personalidade jurídica**, 2003. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-in%C3%ADcio-e-o-fim-da-personalidade-jur%C3%ADdica>

criopreservado detenha – enquanto estiver congelado – a mesma titularidade que o nascituro no útero”⁴⁸⁹.

Acrescente-se que, além da possibilidade de os embriões excedentários nunca vir a ser transferidos para o útero da mulher, em vida ou após a morte de um de seus progenitores, por ausência de manifestação de vontade destes, pode também haver divergência quanto a sua utilização, em decorrência de separação ou divórcio do casal, assim como estes podem ainda ser considerados inviáveis, situação em que poderão ser destinados à pesquisa científica com células-tronco ou simplesmente descartados.

Antes da implantação, portanto, não seria razoável considerar o embrião excedentário como nascituro, devendo o conceito de concepção ser entendido a partir do momento em que é viabilizado o seu desenvolvimento, ou seja, a concepção se daria quando da colocação, no útero de uma mulher, do óvulo fecundado *in vitro* ou *in vivo*⁴⁹⁰. A nidação marca o início da gravidez, apresentando-se ainda como um marco indispensável à possibilidade de o embrião continuar a evoluir.

Sobre o conceito de concepção do artigo 1.798 do Código Civil de 2002, ensina Paulo Lôbo:

A concepção de que trata a lei é que se dá no ventre materno, com implantação exitosa, ainda que tenha origem em inseminação artificial ou *in vitro*. Para fins de sucessão, não se considera a fecundação *in vitro*, cujo embrião não tenha sido implantado no útero materno, pois não se qualifica como nascituro⁴⁹¹.

Para fins sucessórios, como o nascituro somente se consideraria o concebido que vem se desenvolvendo no corpo da mulher, bastando que se aguarde apenas o período da gravidez para a verificação da aquisição da herança, o embrião criopreservado, enquanto não implantado, portanto, não gozaria de capacidade para suceder, tendo em vista que a concepção, para fins jurídicos, deve ser compreendida como sinônimo de nidação.

Enquanto não ocorrer a fixação do embrião fecundado extracorporeamente na parede do útero feminino, não haveria como lhe atribuir

⁴⁸⁹ SOUZA E LIMA, Shirley Mitacaré de Souza. **Tratamento jurídico do embrião**, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7221/tratamento-juridico-do-embriao>.

⁴⁹⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil aplicado, v. 5: direito de família**, 2016, p. 317.

⁴⁹¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 105.

o *status* de concebido, motivo por que se sua implantação ocorrer após a morte do titular do patrimônio, em procedimento de procriação artificial póstuma, estaria este filho impedido de recolher herança. Em outras palavras, os embriões criopreservados não se amoldariam à ideia de concepção para fins de legitimidade sucessória, já que esta deve ser entendida a partir da vinculação a uma gravidez, a indicar uma situação transitória que poderia favorecer quem, ao nascer, fosse filho do *de cujus*, sem postergar indefinidamente a sucessão deste. Os concebidos, a que se refere o art. 1.798 do Código Civil de 2002, devem abranger exclusivamente os embriões que tiverem sido efetivamente transferidos e nidados antes da abertura da sucessão.

Poderia esta situação causar estranheza, pois um ou alguns filhos receberia(m) a herança, enquanto outros, por esta contingência, dela ficariam privados. Sustentam, contudo, os defensores dessa corrente que não haveria que se falar em desigualdade ou tratamento discriminatório entre estes filhos, visto que a situação jurídica de cada um seria totalmente diversa: uns, existentes no momento da abertura da sucessão; outros, não, sequer concebidos⁴⁹² e, portanto, alheios ao critério que atribui a legitimidade sucessória. Ademais, a aplicação do princípio da isonomia tem em vista que a igualdade substancial consiste justamente em tratar desigualmente quem está em situação desigual. Dessa forma, poderá haver situação de filhos havidos após a morte do autor da herança, que serão considerados como tais no plano do direito de família, porém sem o abrigo do direito aos bens no direito sucessório⁴⁹³.

O ente concebido artificialmente, portanto, não deverá ser imediatamente um nascituro, e, por consequência, considerado um sucessor, passando a sê-lo somente quando implantado no útero feminino para seu regular desenvolvimento e desde que essa implantação ocorra antes da abertura da sucessão do seu progenitor falecido.

Na esteira desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.510/2008, que permitiu o estudo científico com células-

⁴⁹² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito das sucessões**, 2014, p. 123.

⁴⁹³ OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança**, 2009, p. 60/61.

tronco embrionárias, entendeu que deve haver tratamento diferenciado entre nascituro, entendido este como o embrião implantado no útero, e aquele embrião não implantado no útero, a que se denominou pré-embrião ou mero concepturo⁴⁹⁴.

Frise-se, desde logo, que tal linha argumentativa não importa em reconhecimento de ausência de quaisquer direitos ao embrião *in vitro*, como já destacamos nos capítulos anteriores desta pesquisa, haja vista a necessidade de diferenciá-los dos demais tecidos humanos e das coisas, respeitando o seu valor ontológico de poder vir a ser uma pessoa humana, não podendo ser considerado simplesmente como um bem disponível. Por esta razão, Michael J. Sandel afirma que “os embriões não são invioláveis, porém tampouco são objetos à nossa disposição”⁴⁹⁵.

Acrescente-se que a ausência de dispositivo expresse sobre o assunto no direito sucessório poderia levar à conclusão de que a norma jurídica que estabelece as presunções de filiação matrimonial se destinaria exclusivamente ao direito de família, com o reconhecimento formal da parentalidade, sem quaisquer reflexos no direito hereditário. Por este motivo, a presunção de filiação fixada pelo legislador para os filhos advindos da utilização de embriões excedentários em procedimento de reprodução humana assistida *post mortem*, não autorizaria, por si só, a atribuição de bens em favor do embrião criopreservado não implantado ao tempo da morte de seu genitor⁴⁹⁶.

A delimitação da nidação como momento da concepção para fins de direito procura dar segurança jurídica às relações sucessórias, uma vez que permite a fixação do mapa dos herdeiros sem maiores complexidades. A segurança jurídica deve ser vista como um pilar, um norte da sucessão, compreendida como sinônimo de previsibilidade, possuindo dois objetivos fundamentais: a estabilidade do ordenamento jurídico e o efetivo cumprimento do que ele dispõe. Assim, é preciso que o homem possa desenvolver a sua existência com pleno conhecimento das consequências de seus atos, para que

⁴⁹⁴

ADI

3.510/2008.

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>

⁴⁹⁵ SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição. Ética na era da engenharia genética**, 2013, p. 131.

⁴⁹⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, vol. 5: direito de família e sucessões**, 2013, p. 374/375.

possa agir com liberdade e responsabilidade, em prol de uma boa convivência social⁴⁹⁷. Nesse sentido, discorre Ravi Peixoto:

É inegável que a segurança jurídica é uma necessidade básica dos seres humanos, sem a qual não há qualquer liberdade, por não terem conhecimento das consequências dos seus atos comissivos e omissivos. Mesmo que não seja suficiente à autonomia dos indivíduos, ela é um dos seus pressupostos e, nesse ponto, é destacada a sua importância. Um dos desafios da modernidade é o de controlar, na medida do possível, as consequências da complexidade.

Segundo Humberto Ávila, a segurança jurídica é um valor constitucional fundamental, cuja menção é feita já no preâmbulo da Carta Magna, que institui “um Estado Democrático destinado a ‘assegurar’, isto é, a ‘tornar seguros’ tanto os direitos sociais e individuais quanto os valores, dentre os quais o próprio valor ‘segurança’”. E a melhor representação desse princípio no direito sucessório aparece na determinação da coexistência do herdeiro e do *de cujus*, no momento da morte deste, ou seja, na exigência de que os sucessores já estejam vivos ou já concebidos, para que lhes seja atribuída legitimação para suceder. Restará comprometida a sucessão se os efeitos da partilha dos bens deixados ficarem em suspenso, a depender de futura e incerta transferência de embriões mediante técnicas de reprodução assistida póstuma, com evidente prejuízo para os herdeiros, os credores destes e terceiros adquirentes⁴⁹⁸.

Nada impede, contudo, que o embrião excedentário criopreservado venha a ser contemplado com patrimônio do genitor falecido antes de sua implantação por meio de disposição testamentária. Como não se considera concebido ao tempo da abertura da sucessão, já que não implantado, caberia deferir-lhe direitos hereditários por meio da sucessão testamentária, aplicando-se, por analogia, as regras que permitem a nomeação de filiação eventual.

Como referido anteriormente, a dúvida que se põe nesta situação é saber se, por meio de expressa disposição de vontade, o testador poderia dispor de patrimônio em favor de seu próprio filho eventual. Para os que defendem esta possibilidade, se o testador pode atribuir a sua herança à filiação eventual de terceiros, também o poderia, sem restrições, à sua

⁴⁹⁷ BORGES, Janice Silveira. Dignidade do ente por nascer. In: **Direito civil: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**, 2009, p. 587/590.

⁴⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**, 2016, p. 107.

própria⁴⁹⁹. Advirta-se que, em sendo permitido o favorecimento do embrião congelado como filiação eventual do próprio testador, a este também deve ser aplicado o prazo de 02 (dois) anos, a contar da abertura da sucessão para a concretização da concepção, ou seja, para a sua implantação no útero feminino, a fim de ser assegurada a efetivação do seu direito hereditário instituído em testamento.

A crítica que se faz à restrição da vocação sucessória da pessoa nascida mediante reprodução assistida *post mortem* exclusivamente à sucessão testamentária, segundo Sandra Marques Magalhães, é que essa limitação implicaria “uma intolerável categorização dos filhos, com atribuição de diferentes direitos sucessórios conforme o modo e o tempo em que tenham sido concebidos e tenham nascido”⁵⁰⁰. Ou seja, os filhos naturais, os adotivos e até aqueles provenientes de fecundação *in vitro* teriam direito à sucessão legítima, enquanto os havidos de reprodução artificial *post mortem* somente teriam direito à sucessão testamentária. Acreditamos, contudo, que não há categorização nesta situação, mas aplicação adequada do princípio da igualdade, conforme as peculiares situações de cada filho.

Em conclusão, para esta corrente a implantação uterina bem-sucedida deve ser reconhecida como passagem necessária a fim de qualificar o embrião como nascituro; será, portanto, a nidação considerada o marco jurídico da concepção do ser humano, devendo ocorrer antes da abertura da sucessão do genitor falecido para que seja reconhecida a legitimidade do filho póstumo, por imperativo, especialmente, dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, sendo este último também utilizado como argumento por aqueles que se opõem a esta teoria. Caberia atribuir aos embriões excedentários que se encontravam criopreservados no instante da abertura da sucessão, no máximo, o direito de suceder o genitor falecido por meio da sucessão testamentária, desde que beneficiados expressamente no ato de disposição de última vontade, por analogia à filiação eventual do próprio testador, o que implicaria a necessidade de sua implantação no prazo legal de 02 (dois) anos, sob pena de

⁴⁹⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgMk0AJ/fecundacao-artificial-post-mortem-direito-sucessorio>.

⁵⁰⁰ MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga *post mortem***, 2010, p. 167.

decaimento de seu direito, quando então estariam privados de todos e quaisquer direitos hereditários, corrente à qual nos filiamos.

4.3 A construção do conceito jurídico de concepção

Através desta pesquisa pudemos perceber que a dúvida quanto à interpretação de conceitos arraigados do Direito Civil, tais quais o de nascituro e o de filiação, a partir da influência da reprodução humana assistida, acaba por suscitar inquietações no que diz respeito ao direito das sucessões, porquanto este ramo jurídico se utiliza daqueles referenciais para disciplinar a atribuição de herança aos sucessores. Como Gustavo Tepedino já bem alertou sobre os problemas no estudo do direito das sucessões, “questões que não tenham sido bem resolvidas nas demais matérias transformam-se aqui em nó górdio”⁵⁰¹.

A possibilidade de utilização das técnicas de reprodução humana assistida encontra aceitação social, doutrinária, jurisprudencial e, ainda que de forma insuficiente, também legislativa, tendo sido o direito à procriação alçada à categoria de direito fundamental no texto da Constituição Federal de 1988. Ocorre que é possível que o sêmen, o óvulo ou o embrião sejam criopreservados, o que possibilita que, mesmo após a morte da pessoa, seu material fecundante possa vir a ser utilizado na reprodução medicamente assistida, sem que tenha sido estabelecido algum prazo para a implementação do material congelado após o falecimento do genitor.

A proteção sucessória da filiação póstuma não é inovação no Direito, visto que aquele que vem a nascer após o óbito do seu pai e/ou sua mãe, mas que já se encontrava concebido no útero materno neste momento, ainda que através de método de procriação assistida, tem há muito garantido o recebimento da herança. Esta hipótese, contudo, não se trata de reprodução humana assistida *post mortem*, mas sim de reprodução assistida *inter vivos*, em que se atingiu a gravidez enquanto vivos os pais e somente o nascimento do filho vem a ocorrer após o óbito de um deles ou de ambos. A problemática envolvida nesta pesquisa está em delimitar os direitos do filho fruto de

⁵⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Prefácio a NEVARES, Ana Luiza Maia, **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

procedimento de reprodução assistida póstumo, na qual a fertilização do material genético ou a transferência do embrião que foi originado a partir dos gametas de um casal ocorrem após o falecimento de um deles ou de ambos.

A falta de disciplina jurídica específica acaba trazendo insegurança quanto ao direito das partes envolvidas, tanto em relação ao futuro filho a ser postumamente concebido, quanto aos demais sucessores que já se encontravam vivos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão. Segundo Francisco Amaral, “a segurança jurídica significa a paz, a ordem, a estabilidade e consiste na certeza de realização do direito”⁵⁰². Conforme Juliana Fernandes Queiroz, “é necessário que as convenções sejam claras e todos saibam como agir em determinadas situações e, também, como prever o comportamento dos outros”⁵⁰³, o que não se dá em relação aos direitos hereditários dos filhos oriundos de um procedimento de reprodução póstumo, motivo pelo qual defendemos a construção de um conceito jurídico de concepção.

De início, é importante consignar que o marco biológico da concepção, que ocorre com a fusão do espermatozoide ao óvulo, ainda que seja considerada a fronteira de uma nova individualidade genética, pode não corresponder com a atribuição, pelo Direito, da condição de nascituro ao ente concebido extracorporeamente. É preciso considerar que os gametas sexuais podem vir a não ser fecundados e que os embriões denominados excedentários podem jamais ser transferidos para o útero de uma mulher, para fins de gestação e nascimento. Do mesmo modo, pode ser que o material genético se torne inviável e que, ainda que a transferência ocorra, não haja o desenvolvimento da gravidez. Ou seja, a perspectiva de nascimento do filho gerado a partir de material genético congelado, seja o espermatozoide, o óvulo ou o embrião, é incerta, contingente e futura, ou, como aduz Henri Atlan, “o embrião não é senão uma pessoa provável”⁵⁰⁴.

Acrescente-se a isso o fato de o embrião só vir a ter perspectivas reais de desenvolvimento depois de sua fixação no útero feminino, momento a partir do qual começará a receber os nutrientes que lhe são necessários para sua

⁵⁰² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**, 2008, p. 18.

⁵⁰³ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 34/35.

⁵⁰⁴ ATLAN, Henri. **A ciência é inumana? Ensaio sobre a livre necessidade**, 2004, p. 85.

evolução e crescimento⁵⁰⁵; enquanto permanecer em estado de resfriamento, sua atividade metabólica encontrar-se-á interrompida, embora não haja perda da capacidade generativa. Segundo Humberto J. Carneiro Filho, “o ovo humano morre caso não seja implantado ou criopreservado até o 14º dia, pois não consegue evoluir para a fase de gástrula”⁵⁰⁶.

Ainda que se reconheça a importância da fecundação, a análise do processo reprodutivo e a consequente evolução do embrião permitem considerar que o início da existência da vida humana não é um dado pontual, motivo pelo qual a fixação jurídica do momento da concepção deverá partir de uma escolha composta por vários aspectos, e não puramente o biológico, consistente na constituição genética individualizada.

Conforme Lincoln Frias:

A fertilização não é um evento; assim como a gestação, ela também é um processo, um conjunto de eventos moleculares coordenados, que podem ser descritos como regulações enzimáticas, diluição de membranas, movimento de cromossomos e combinações não simultâneas de milhares de pares de citosinas, guaninas, timinas e adeninas. Um processo lento e gradual, pois só a fusão dos pronúcleos demora cerca de 12 horas. Não existe o momento único e mágico imaginado pelo concepcionista, um acontecimento tão especial comparado aos outros a ponto de merecer o título de aquisição do direito à vida. A fertilização não é um momento tão obviamente decisivo e descontínuo quanto o concepcionista supõe⁵⁰⁷.

Ao construir esse conceito jurídico acerca do momento da concepção, é preciso buscar coerência com o ordenamento jurídico como um todo. Tratar um embrião pré-implantatário como nascituro demandaria a reconfiguração de condutas já permitidas e praticadas pela sociedade.

Nesse sentido, caso fosse aceita a fecundação como marco delimitador da atribuição do *status* de nascituro, alguns métodos contraceptivos importariam diretamente em ofensa contra a vida do novo ser humano. Sendo o dispositivo intrauterino (DIU) e a pílula do dia seguinte métodos que impedem a nidação, mas não a fecundação, estar-se-ia permitindo, supostamente, a destruição de um nascituro. Em relação ao DIU, ele permite que o embrião

⁵⁰⁵ FEÓ, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano**, 2010, p. 125.

⁵⁰⁶ CARNEIRO FILHO, Humberto João. **De persona a pessoa: o reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**, 2013, p.45.

⁵⁰⁷ FRIAS, Lincoln. **A ética no uso e da seleção de embriões**, 2012, p. 55/56.

venha a ser formado, mas acarreta a sua subsequente destruição, por volta do sexto dia após a fertilização, ao impedir a sua implantação no útero feminino, tanto por forma direta quanto por estimular uma reação inflamatória naquele órgão. Já a pílula do dia seguinte, utilizada em caráter de emergência, destrói as células do ovo fecundado até 72 (setenta e duas) horas após a fertilização⁵⁰⁸.

Outra questão importante relacionada ao tema diz respeito ao destino dos embriões excedentários quando não há interesse do casal titular do material genético em utilizá-los ou doá-los para outra pessoa ou casal infértil. Como destacado nesta pesquisa, durante a fertilização *in vitro* são produzidos, em regra, embriões em número superior ao limite que serão implantados, com a finalidade de serem escolhidos aqueles que têm mais chances de se desenvolver e em razão da própria margem de êxito do procedimento, que não oferece garantias quanto ao desenvolvimento de uma gravidez. Se o *status* de nascituro fosse atribuído ao embrião humano a partir da fecundação, ter-se-ia de garantir a implantação de todos os excedentários e proibir sua destruição, por descarte ou utilização em pesquisas, assim como sua criopreservação por tempo indeterminado. Ocorre que, como assinala Christina Feó,

não é possível obrigar uma mulher a suportar gravidez não desejada. O Estado não pode garantir “o direito de um embrião à transferência uterina” contra a vontade da mulher, não podendo, portanto, garantir seu nascimento. O Brasil é exemplo de um Estado onde o livre planejamento familiar é direito constitucional, vedada qualquer forma coercitiva. Seria a autonegação de um Estado estabelecer um direito que ele não pode fazer cumprir. O Estado não deve interferir no direito procriativo do indivíduo⁵⁰⁹.

Desta forma, não há que se falar em assegurar ao embrião o “direito de prosseguir na sua evolução natural, começando pelo direito de existir, chegando ao direito de nascer e posteriormente aos demais direitos inatos à proteção da vida humana”⁵¹⁰, pois o livre planejamento familiar estabelece que cabe à pessoa ou ao casal planejar sua família e decidir se desejam ou não ter filhos, o momento de tê-los e sua quantidade. Assim, cada pessoa, em sua

⁵⁰⁸ FEÓ, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano**, 2010, p. 76/77.

⁵⁰⁹ FEÓ, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano**, 2010, p. 99.

⁵¹⁰ COSTA, Maria Rosineide da Silva. **A concepção interpretativa de Ronald Dworkin. Abordagem pré-positivista sobre a tutela jurídica do embrião humano extracorpóreo**, 2013, p. 121.

esfera íntima, tem a faculdade de tomar livremente decisões a respeito da sua vida reprodutiva, sendo vedado qualquer tipo de controle público ou privado. Ademais, o reconhecimento de um suposto direito de nascer do embrião configurar-se-ia ainda em afronta à integridade do próprio corpo da mulher, já que esta restaria forçada a aceitar uma gravidez não desejada. Não se olvide que a proteção à integridade corporal é um direito da personalidade, portanto, indisponível e irrenunciável.

A inexistência de um “direito de nascer” conferido ao embrião antes de sua transferência ao útero pode ser atestada pela permissão à realização do chamado diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI), exame que busca impedir a implantação de conceitos portadores de enfermidades graves ou daqueles que não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (ausência de desenvolvimento normal, divisão celular inexpressiva, alteração genética ou cromossômica)⁵¹¹. Na primeira hipótese, ocorre uma verdadeira seleção genética, impedindo-se a implantação de embriões que possuem condições de se desenvolver, mas que, em razão de transtornos genéticos que podem vir a se manifestar no futuro indivíduo, são impedidos de continuar o seu regular desenvolvimento.

Neste contexto da reprodução humana assistida, há ainda a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permite a realização de pesquisa científica com os embriões sobressalentes das clínicas de fertilização. Ainda que o embrião humano não possa ser produzido como material disponível para laboratórios, aqueles que não estiverem envolvidos em um projeto parental dos próprios titulares do material genético ou de terceiros e que não forem transferidos ao útero de uma mulher poderão ser destinados à investigação científica. Para a manipulação desses embriões, o art. 5º da mencionada lei estabelece algumas condições:

que seja realizada exclusivamente para fins de pesquisa e terapia; que as células-tronco embrionárias utilizadas nas pesquisas sejam obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*; que as pesquisas sejam feitas em embriões excedentes ou não utilizados no respectivo procedimento de implantação para fins de gestação; que sejam embriões inviáveis; e que em não sendo utilizados para a reprodução

⁵¹¹ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 111.

humana estivessem congelados há mais de três anos e que haja consentimento de seus genitores⁵¹².

A obtenção de células-tronco embrionárias, importantes em razão da sua aptidão para se transformar em qualquer tipo de tecido do corpo humano, se dá mediante a destruição de embriões com poucos dias de existência, o que viola a sua integridade e acaba por corroborar o argumento de que ao embrião *in vitro* não pode ser reconhecida a qualidade de nascituro. Para Sá e Teixeira, o legislador acabou por atribuir *status* de coisa aos embriões excedentes, pois haveria um direito de propriedade do beneficiário das técnicas de reprodução humana assistida em relação aos embriões depositados, já que lhe é permitido jogá-lo fora, destruí-lo ou doá-lo⁵¹³, posicionamento com que não concordamos.

Este não foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/2008. Malgrado o dissenso entre os ministros da Suprema Corte brasileira acerca da condição de ser vivo do embrião pré-implantatário, firmou-se o entendimento de que “a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição *sine qua non* do seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como processo ou projeto”⁵¹⁴, ou seja, somente a partir da nidação poderá ser atribuído o *status* de nascituro ao embrião.

Em resumo, ensina Lincoln Frias:

Não se trata mais de matar embriões ou fetos porque sua gravidez é indesejada. As questões agora são: para resolver a infertilidade é preciso criar embriões excedentes, que provavelmente serão mortos; e para desenvolver técnicas de regeneração e criação de tecidos humanos, é preciso matar embriões para retirar suas CTEHs⁵¹⁵.

A fim de refutar as possíveis críticas acerca da definição de um critério jurídico para a concepção, que não esteja baseado exclusivamente em parâmetros biológicos, basta lembrar que o Direito e a Medicina determinam o

⁵¹² SALDANHA, Ana Cláudia. **A tutela do embrião humano**, 2015, p. 76/77.

⁵¹³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia**, 2005, p. 91.

⁵¹⁴ **ADI 3.510/2008** (STF), p. 503. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>.

⁵¹⁵ FRIAS, Lincoln. **A ética no uso e da seleção de embriões**, 2012, p. 41.

momento do óbito e da extinção da pessoa como aquele da paralisação da atividade cerebral, conforme definido explicitamente na Lei 9.434/1997, que regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento⁵¹⁶. E sobre o assunto é preciso destacar que os critérios para o estabelecimento da morte natural de uma pessoa variaram muito ao longo do tempo, sendo paulatinamente abalados e modificados a partir dos progressos na terapêutica médica, chegando ao seu ápice com a possibilidade de transplante de órgãos. Inicialmente, tais critérios eram baseados na putrefação, no resfriamento do corpo e na rigidez cadavérica. Posteriormente, a morte passou a ser aferida pela cessação da respiração, evoluindo para a verificação de ausência de batimentos cardíacos e, por fim, para a paralisação da atividade cerebral⁵¹⁷. O diagnóstico de morte cerebral ocorre quando cessam, irreversivelmente, todas as funções cerebrais e do tronco encefálico, ou seja, na ausência de todas as funções neurológicas, na esteira das diretrizes oferecidas pela Declaração de Sidney, adotada pela 22ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em 1968, a saber:

A morte é um processo gradual em nível celular, com tecidos que reagem de forma diversa diante da falta de oxigênio. Porém, o interesse clínico não reside na manutenção de células isoladas, mas se concentra na manutenção da pessoa. A definição do momento da morte de diferentes células e órgãos não é tão importante como a certeza de que esse processo seja irreversível, apesar de qualquer técnica de reanimação que possa ser empregada⁵¹⁸.

A morte encefálica não significa a morte clínica, mas apenas a chegada a uma etapa irreversível no processo de morte, ou seja, não significa a paralisação de todas as funções biológicas do corpo humano, pois, mesmo com o cérebro não mais funcionando, a medula pode ainda executar algumas funções, operando o chamado sistema nervoso autônomo, que funciona de forma inconsciente, fazendo com que o corpo ainda possa ter alguns poucos reflexos e seja mantido o funcionamento de alguns órgãos⁵¹⁹. Assim, se a determinação da morte não leva em consideração um critério estritamente

⁵¹⁶ **Lei 9.434/97**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm

⁵¹⁷ MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: os direitos sucessórios do embrião humano**, 2007, p. 53/54.

⁵¹⁸ **Declaração de Sidney**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/22sidney.html>

⁵¹⁹ <http://www.minhavidade.com.br/saude/tudo-sobre/30570-morte-cerebral>

biológico, por que a definição do momento da concepção deve se ater somente a tal perspectiva?

A definição jurídica da concepção de uma pessoa, além do critério natural estabelecido pela biologia, deve ser acrescida dos aspectos culturais, filosóficos, antropológicos, políticos e éticos sobre o ser humano. Nesse sentido, assevera Juliana Fernandes Queiroz que “o desenvolvimento biotecnológico, acentuado nos últimos anos, permitiu tão vasto conhecimento, que não comporta mais identificar conceitos estritamente biológicos, sem se atentar para as vertentes culturais”⁵²⁰. Defendemos, assim, que a escolha inevitavelmente se dará a partir de uma definição ideológica.

Reconhecemos que a delimitação do conceito de concepção para o Direito não deixará de ser fixada de maneira arbitrária, nem por isso dispensável, tal como foram estabelecidos os parâmetros de outros tantos institutos, a exemplo da maioridade civil, que antigamente era alcançada aos 21 (vinte e um) anos e agora se completa aos 18 (dezoito) anos. Da mesma forma, o conceito jurídico de pessoa é representado pelo ente detentor de personalidade, tendo como marco inicial o nascimento com vida, o que faz com que nem todo ser humano seja considerado pessoa, mas somente aqueles a quem o direito reconhece como tal. Em outras palavras, não é apenas a constituição genética que define uma pessoa. Sobre o assunto, importante trazer a lume a lição de Henri Atlan e Myléne Botbol-Baum: “a continuidade do desenvolvimento biológico não deve impedir de fixar limites dos quais um, o nascimento, já é reconhecido há muito tempo”⁵²¹.

Preciosa é também a lição de Ana Thereza Meirelles Araújo:

Pessoa tem um significado comum ou vulgar e outro jurídico. No sentido vulgar, pessoa é sinônimo de homem ou ser humano, porém, conforme determinação jurídica, é a expressão da caracterização do ser com personalidade jurídica, que é aptidão para titularizar direitos e deveres. Pessoa, tecnicamente, então, é uma categoria ou espécie jurídica do gênero sujeito de direitos⁵²².

⁵²⁰ QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Reprodução assistida *post mortem*: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**, 2015, p. 139.

⁵²¹ ATLAN, Henri; BOTBOL-BAUM, Myléne. **Dos embriões aos homens**, 2009, p. 54/55.

⁵²² ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 165.

A despeito da redução da patrimonialização das relações familiares e da materialização dos sujeitos destas relações, que impõe o reconhecimento da pessoa nas relações civis, não se deve encarar isso como impedimento de um tratamento diferenciado, a depender do *status* jurídico do ser humano. Na esteira desse raciocínio, pode-se afirmar que o fenômeno da despatrimonialização “não se confunde com a marginalização das situações jurídicas patrimoniais”⁵²³. Dessa forma, pugnamos pelo deferimento de um tratamento jurídico distinto às fases sucessivas da vida humana, diferenciando tais realidades⁵²⁴, fazendo com que se opere a distinção entre o conceito de embrião e o de nascituro no que diz respeito aos aspectos patrimoniais decorrentes da sucessão.

Imperioso destacar o ensinamento de Rose Melo Venceslau Meireles:

Afirmar que a tutela deve ser qualitativamente diversa para as situações patrimoniais e para as situações existenciais significa que o juízo de merecimento de tutela da autonomia privada vai levar em consideração a qualidade das situações jurídicas, isto é, se pertencem à categoria do ser ou do ter⁵²⁵.

Assim, embora não venha a ser tratado como nascituro ou pessoa plena, o embrião *in vitro* não pode ter vulgarizada a sua existência, nem ser instrumentalizado, pois “tem natureza jurídica própria e deve ser afastado da condição de coisa, ainda que não possa gozar das prerrogativas inerentes aos outros sujeitos humanos”⁵²⁶. A exclusão da sua eventual qualidade de herdeiro não afasta o reconhecimento de situações existenciais que lhe são ou podem vir a ser inerentes, tal como o reconhecimento da parentalidade póstuma, ante a previsão legal do art. 1.597 do Código Civil de 2002.

Em relação às propostas legislativas sobre a matéria, há o Projeto de Lei 7.591/2017, que pretende acrescentar o parágrafo único ao art. 1.798 do Código Civil de 2002, a fim de conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura

⁵²³ CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as relações existenciais e as situações patrimoniais. In: **Direito civil constitucional**. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.), 2016, p. 161.

⁵²⁴ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 275/276.

⁵²⁵ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**, 2009, p. 93 e 200.

⁵²⁶ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**, 2016, p. 255.

da sucessão, que seria assim redigido: “Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida”⁵²⁷.

O Projeto de Lei 6.150/2005 propunha ir além, ao conferir a condição de nascituro aos seres humanos concebidos *in vitro*, fossem eles “produzidos através de *clonagem* ou por outro meio científica e eticamente aceito” (*grifo nosso*)⁵²⁸, tendo sido arquivado em 31/1/2007. Já o Projeto de Lei 4.664/2001 dispõe sobre a proibição ao descarte de embriões humanos fertilizados *in vitro*, determinando como única destinação possível a adoção em caso de desistência do emprego do material fecundante pelos titulares dos gametas⁵²⁹.

De outro norte, o Projeto nº 2.855/1997 permite a pesquisa científica com embrião humano⁵³⁰, enquanto o de nº 1.135/2003 admite o seu descarte após três anos de congelamento⁵³¹. Estas duas últimas proposições, apesar de não tratarem da condição jurídica do embrião, ao autorizar o seu descarte e destruição para fins de pesquisa, claramente não adotam o critério da fecundação para o conceito de nascituro. Salutar, em nossa opinião, era a redação do Projeto de Lei 90/99, que, em seu art. 9º, § 1º, previa: “Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei”⁵³². Tal projeto, entretanto, foi arquivado em 28/2/2007.

Em que pese o respeito pelas opiniões divergentes, defendemos que a implantação uterina bem-sucedida deve ser reconhecida como a passagem necessária para qualificar o embrião como nascituro. Ou seja, o embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório, não se amolda às categorias tradicionais do direito civil, não sendo imediatamente considerado um nascituro e somente passando a sê-lo quando implantado no útero

⁵²⁷ **Projeto de Lei nº 7.591/2017.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>

⁵²⁸ **Projeto de Lei nº 6.150/2005.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=305340>

⁵²⁹ **Projeto de Lei nº 4.664/2001.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28410>

⁵³⁰ **Projeto de Lei nº 2.855/1997.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18719>

⁵³¹ **Projeto de Lei nº 1.135/2003.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>

⁵³² http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm

feminino, pois somente assim terá possibilidades de completar o seu processo de desenvolvimento.

Por esta razão, a criança gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida *post mortem* manterá a sua condição de filho, em razão da presunção matrimonial estabelecida em lei, mas não poderá vir a gozar dos efeitos patrimoniais decorrentes da sucessão, em razão da sua concepção tardia. Como bem explica Paulo Lôbo, “para fins de sucessão, não se considera a fecundação *in vitro*, cujo embrião não tenha sido implantado no útero materno, pois não se qualifica como nascituro”⁵³³. Pugnamos, portanto, que não se devem admitir relativizações quanto ao princípio da coexistência em matéria de sucessão.

O recolhimento de direitos hereditários às crianças geradas a partir de fecundação de gametas ou transferência de embriões póstuma estaria restrito à hipótese que permite o chamamento do filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, na sucessão testamentária, desde que sua concepção se dê no prazo de até dois anos a contar da abertura da sucessão. Ou seja, no conceito de entes ainda não concebidos devem figurar aquelas pessoas nascidas da utilização do material genético (espermatozoide, óvulo ou embrião) de seu genitor após a morte deste.

Em conclusão, nascituros e embriões criopreservados não devem integrar a mesma categoria sucessória, porquanto isso resultaria na existência de uma suposta desigualdade no tratamento dos filhos, visto que a situação jurídica do embrião *in vitro* é totalmente diversa daquela do nascituro, já que estes são existentes no momento da abertura da sucessão, e aqueles não. Pietro Perlingieri menciona o perigo de realizar inoportunas generalizações acerca do *status* de situações subjetivas, individuando uma noção vaga e genérica, na qual se inserem realidades muito diversas entre si, sem se ater às particularidades de cada *fattispecie*⁵³⁴.

Para evitar o prolongamento dessa discussão, propomos o estabelecimento de um conceito jurídico de concepção, fixando com precisão seus contornos a partir do critério da nidação, para que o *status* de nascituro seja compreendido de forma restrita apenas aos seres humanos concebidos e

⁵³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: sucessões**, 2016, p. 105.

⁵³⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, 2002, p. 132.

implantados no útero feminino, cujo desenvolvimento com vistas ao seu nascimento com vida não se encontra sujeito à manifestação de vontade de terceiros. A construção desse limite mostra-se razoável e desejável, pois, segundo Pontes de Miranda, “só a lei pode limitar a capacidade para suceder, quer legítima, quer testamentária”⁵³⁵.

⁵³⁵ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**, tomo LVIII, 1973, p. 3.

5 CONCLUSÃO

Vimos, por meio desta pesquisa, que o desejo de ter filhos há muito deixou de ser uma ação impensada, sujeita exclusivamente às leis da natureza, para se tornar um ato planejado. Neste aspecto, os progressos médico-científicos proporcionaram ao homem e à mulher a liberdade de decidir se, quantos e quando ter filhos, permitindo a oportuna construção de um projeto familiar sob as bases sólidas da dignidade, da responsabilidade e da solidariedade, o que levou a que o próprio papel da família fosse redesenhado na ordem jurídica.

A procriação originada exclusivamente da relação sexual entre o homem e a mulher, da qual resultava a concepção do embrião e seu desenvolvimento no interior do organismo feminino, nem sempre ofereceu as condições necessárias à materialização da descendência, fazendo com que as pessoas, ao longo da história, buscassem diversas soluções alternativas à ausência de prole, culminando no desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução assistida consiste, pois, em procedimentos médico-científicos que interferem no processo de fertilidade humana, visando suplantando as dificuldades ou mesmo a impossibilidade na geração de filhos pela via da conjunção carnal, substituindo ou facilitando alguma etapa imperfeita ao longo do processo reprodutivo ou, ainda, com vistas a evitar a transmissão de doenças hereditárias ou infectocontagiosas.

Corolário da liberdade de planejamento familiar, a submissão a tais técnicas deve ser exercida conjuntamente e com ênfase no direito de todos os membros da família, não apenas no desejo de se tornar pai e/ou mãe, o que não significa, portanto, a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer procriação possível, segundo o estado atual da ciência.

O distanciamento entre a sexualidade e a procriação veio a se agravar com o desenvolvimento da técnica de criopreservação, procedimento que possibilitou a conservação de espermatozoides, óvulos e embriões por prazo indeterminado, sobrestando sua atividade metabólica em decorrência do resfriamento a baixíssimas temperaturas, sem afetar, todavia, sua qualidade e potencial fecundo. Assim, tornou-se possível o emprego das técnicas de

reprodução humana assistida mesmo após o falecimento de um ou de ambos os titulares do material genético armazenado laboratorialmente.

Ocorre que esses progressos na área da reprodução humana passaram a exigir uma remodelação em diversos institutos do direito civil que já não correspondem diretamente à sociedade a que foram dirigidos, necessidade esta dificultada pelo fato de que tais temas ainda se encontram em construção no próprio campo científico. Neste sentido, esta pesquisa buscou aprofundar o estudo quanto à delimitação do conceito de nascituro diante da nova autocompreensão do ser humano a partir das técnicas de reprodução assistida, que permitiram a manipulação dos gametas humanos externamente ao corpo da mulher, sem adentrar, contudo, na definição do momento do início da vida do ser humano, de sua individualidade ou de sua personalidade jurídica. Também foram analisados os impactos que as modernas tecnologias reprodutivas causaram no aspecto da filiação, pois relativizou as relações entre pais e filhos, fazendo ruir paradigmas até então inimagináveis, como o que prescrevia a certeza quanto à maternidade da gestante/parturiente.

Diante dessa nova realidade, questões jurídicas complexas acabam surgindo no direito das sucessões, ramo que regulamenta a transmissão do patrimônio de uma pessoa cuja titularidade cessou em razão de sua morte, mas que continua na figura de seus sucessores, especialmente no que diz respeito à atribuição de direitos hereditários ao filho fecundado e/ou implantado após a morte do seu genitor. Nesse aspecto, é preciso destacar que a aptidão para recolher herança é conferida por força da lei ou por disposição de última vontade, devendo ser auferida no momento da abertura da sucessão, ou seja, do falecimento do *autor successionis*. A base do direito sucessório, portanto, é a transmissão imediata da herança do *de cujus* aos sucessores, que, para recolher aquele patrimônio, devem possuir legitimidade sucessória.

A legislação cível estabelece regras específicas para que as pessoas possam exercer seus direitos hereditários, atribuindo ao princípio da coexistência o parâmetro norteador da sucessão. Segundo este princípio, a herança não se defere ao vazio, motivo por que os sucessores devem estar vivos ou já concebidos ao tempo do falecimento do titular do patrimônio que se busca transmitir. Excepcionalmente, contudo, é admitida a figura da filiação eventual, em que se reconhece o direito a suceder àquele que nem sequer fora

concebido ao tempo da abertura da sucessão, desde que beneficiado expressamente por meio de disposição testamentária e que este filho futuro seja gerado por pessoas designadas pelo testador, existentes quando de seu óbito, subordinando-se o direito hereditário assim estabelecido a um limite temporal prescrito na lei.

A reprodução humana assistida *post mortem* acaba por alterar a dinâmica da vida, permitindo que um filho venha a ser gerado mesmo após o falecimento de um ou de ambos os seus pais, o que traz incertezas quanto à atribuição dos seus direitos hereditários, razão pela qual defendemos a construção de um conceito jurídico de concepção que defina com precisão os contornos para a atribuição do *status* de nascituro ao ser humano.

Ainda que tenhamos convicção de que o nosso conhecimento possa ser bastante provisório, já que os avanços científicos não têm previsão alguma de cessar e se apresentam por demais incertos, e que, por consequência, qualquer previsão normativa nunca será suficiente para resolver todos os problemas que a matéria apresenta, é preciso que não se olvide que o Direito é constantemente construído a partir das interações sociais, motivo pelo qual defendemos a necessidade da criação de um parâmetro legal que sirva de guia na árdua tarefa de pacificar os conflitos sociais decorrentes da reprodução humana assistida póstuma que repercutem na legitimidade sucessória.

De início, a delimitação desse conceito jurídico de concepção tomou como pressuposto o fato de que nascituros e embriões criopreservados não integram a mesma categoria jurídica. Apesar de, para a Biologia, a vida começar com a fecundação, somente com a implantação do embrião no útero, momento em que efetivamente se inicia a gravidez, este pode passar a ser denominado de nascituro, sendo-lhe garantidos todos os direitos advindos dessa condição, o que inclui os de natureza sucessória. É preciso reconhecer a diferença do nível de desenvolvimento entre o nascituro e o embrião *in vitro*, entre a iminência e a eventualidade do nascimento de cada um.

Ademais, ao construir esse conceito buscou-se coerência com o ordenamento jurídico e com práticas aceitas na sociedade, a exemplo da disciplina acerca do destino dado aos embriões excedentários que não estão atrelados a um projeto parental, dos próprios titulares do material genético ou de terceiros, uma vez que é admitido o seu descarte e a destruição em razão

do seu emprego em pesquisa científica com células-tronco, nos limites fixados na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Some-se a isso a possibilidade de realização de diagnóstico genético pré-implantatório (DGPI), exame que busca impedir a implantação de embriões portadores de enfermidades graves ou daqueles que não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução.

A ausência de coercibilidade no que diz respeito à implantação dos embriões *in vitro*, como reflexo do livre planejamento familiar e da proteção à integridade corporal da mulher, assim como a faculdade de não implantar embriões que possuem condições de se desenvolver, a despeito de serem portadores de transtornos genéticos, só reforça os argumentos quanto às condições distintivas entre aquele e o nascituro.

Acrescente-se o reconhecimento de que a fixação de critérios jurídicos para fatos ligados ao homem e ao funcionamento do seu organismo, apesar de precisar de dados afetos às ciências biológicas, pode não se circunscrever à sua estrita observância, fazendo com que, aos olhos do Direito, sejam levados em conta outros aspectos, como os culturais, sociológicos, antropológicos, entre outros. Assim o é, por exemplo, em relação à definição do momento do óbito e da extinção da pessoa, sendo firmado entendimento pela Lei nº 9.434/1997 que este se dá quando da ausência de atividade cerebral, ainda que tal circunstância não signifique a paralisação de todas as funções biológicas do corpo humano.

Reconhecemos, não obstante, que a delimitação do conceito jurídico de concepção não deixará de ser fixado de maneira arbitrária, tal qual foram estabelecidos os parâmetros de outros tantos institutos do direito civil, como o da maioridade e o da personalidade jurídica, a partir de valores reputados relevantes para o Direito em determinado momento histórico e contexto social. E ainda que se identifique uma clara da redução da patrimonialização das relações familiares e da materialização dos sujeitos destas relações, tal circunstância não deve ser encarada como impedimento a um tratamento diferenciado, a depender do *status* jurídico do ser humano em suas diversas fases de desenvolvimento, desde que isso não importe em sua instrumentalização.

Ante todo o exposto, defendemos que não se devem admitir relativizações quanto ao princípio da coexistência em matéria de sucessão. Por

esta razão, os filhos inseminados *post mortem*, ou seja, aqueles cuja fertilização do óvulo pelo espermatozoide se deu após o falecimento de um dos seus genitores ou de ambos, não serão herdeiros. Igualmente, em se tratando de embriões provenientes da técnica de reprodução assistida *in vitro*, cuja transferência para o útero feminino ocorra após o falecimento de seu genitor, não há como se atribuir a qualidade de sucessor ao filho órfão de pai ou mãe previamente morta.

O nexo de filiação que porventura venha a ser tardiamente estabelecido entre o filho póstumo e seu genitor falecido, portanto, não deve permitir a outorga de direitos sucessórios àquele, já que a concepção, para fins do Direito, deve ser circunscrita ao momento da implantação e fixação do embrião no útero de uma mulher, instante denominado nidação. A única válvula para a atribuição de direitos sucessórios nessas hipóteses seria a aplicabilidade da regra prevista para a filiação eventual, permitindo-se, exclusivamente na sucessão testamentária, a nomeação dos filhos ainda não concebidos do próprio testador e fecundados a partir de seus gametas criopreservados, desde o faça somente em nome do outro genitor sobrevivente, uma vez que a norma constitucional permite e tutela a chamada família monoparental.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgMk0AJ/fecundacao-artificial-post-mortem-direito-sucessorio>. Acesso: 21/06/2015.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E AS RELAÇÕES DE PARENTESCO**, 2002. Disponível em: <http://egov.ufsc.br:8080/porta1/conteudo/reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida-e-rela%C3%A7%C3%B5es-de-parentesco>. Acesso: 14/01/2018.

ALEXANDRE, Alessandro Rafael Bertollo de. **O início e o fim da personalidade jurídica**, 2003. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/porta1/conteudo/o-in%C3%ADcio-e-o-fim-da-personalidade-jur%C3%ADdica>. Acesso em: 10/10/2017

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado, volume XVIII**. São Paulo: Atlas, 2003.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIRA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **A proteção do ser humano no direito brasileiro: embrião, nascituro e pessoa e a condição de sujeito de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ARRUDA, João. Fecundação artificial – semen de um cadaver – paternidade. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. In: **Revista Forense**, v. 328, n. 90. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ATLAN, Henri. **A ciência é inumana? Ensaio sobre a livre necessidade.** Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2004.

ATLAN, Henri; BOTBOL-BAUM, Myléne. **Dos embriões aos homens.** Tradução: Leandro Neves Cardin. Aparecida: Editora Santuário, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético.** Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro.** Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. Aspectos controvertidos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** TEPEDINO, Gustavo (org.). São Paulo: Atlas, 2008.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Bioética e início da vida: alguns desafios.** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga,** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BERNARDO, Karla. **Útero Artificial: O atual desafio científico da Reprodução Assistida.** Extraído do site: http://www.ghente.org/temas/reproducao/utero_artificial_1.htm. Acesso em 10/10/2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões.** – 4 ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: https://www.lds.org/bc/content/shared/content/portuguese/pdf/language-materials/83800_por.pdf. Acesso em 13/09/2017.

BITTAR, Carlos Alberto. Problemas éticos-jurídicos da inseminação artificial. In **Revista dos Tribunais nº 696**. São Paulo: RT, out 1993, p. 277-278.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

BONELLI, Rita Simões. **O nascituro à luz do biodireito**. DUARTE, Gerado; FONTES, José Américo Silva (Organizadores). O nascituro. Visão interdisciplinar. São Paulo: Editora Atheneu, 2009.

BORGES, Janice Silveira. Dignidade do ente por nascer. In: **Direito civil: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado**. FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (organizadores). Belo Horizonte: DelRey, 2009

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação. Reflexões bioéticas sobre o embrião humano**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BRANCO, Mariana. **A gravidez de gêmeos** (2015). Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Saude/noticia/2015/02/gravidez-de-gemeos.html>. Acesso: 11/08/2017.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso: 01/08/2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso: 01/08/2015.

_____. **Decreto Legislativo 2/1994 (Convenção sobre a diversidade biológica)**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>. Acesso em 14/01/2018.

_____. **Decreto nº 5.591/05.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm.
Acesso em 14/01/2018.

_____. **Enunciados do Conselho da Justiça Federal / Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Lei 9.029/95.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm. Acesso: 14/01/2018.

_____. **Lei 9.263/96 (Livre Planejamento Familiar).** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm. Acesso em 03/12/2017.

_____. **Lei 9.434/97.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso: 14/01/2018.

_____. **Lei 11.105/2005 (Biossegurança).** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm.
Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Lei 12.010/2009.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm.
Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Portaria nº 2.048/2009 do Ministério da Saúde.** Disponível em:
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/anexos/anexo_prt2048_03_09_2009.pdf. Acesso em: 25/07/2017.

_____. **Projeto de Lei nº 2.885/1997.** Disponível em:
<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14MAR1997.pdf#page=73>.
Acesso em: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 4.664/2001.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28410>. Acesso em: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 1.135/2003.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 1.184/2003.** Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=137589&filename=PL+1184/2003. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 2.061/2003.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 6.150/2005.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=305340>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de nº 478/2007.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 7.701/2010.** Disponível em:
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=792197&filename=PL+7701/2010. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 4.892/2012.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso: Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 470/2013 (Estatuto das Famílias).** Disponível em:
http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Familias_2014_para%20divulgacao.pdf. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 8.116/2014.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=786789>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 115/2015.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Projeto de Lei nº 7.591/2017.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>. Acesso: 25/07/2017

_____. **Provimento nº 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça.**
 Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>. Acesso: 01/09/2017

_____. **Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.**
 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso: 11/12/2017

_____. **10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões.**
 Disponível em:
<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>. Acesso em 14/01/2018.

_____. **Resolução nº 01/1988 do Conselho Nacional de Saúde.** Disponível em: conselho.saude.gov.br/resolucoes/1988/Reso01.doc. Acesso: 01/09/2017.

_____. **Resolução nº 2.168/2017 do Conselho federal de Medicina.**
 Disponível em:
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>.
 Acesso: 03/12/2017

_____. **Resolução da Diretoria Colegiada nº 23/2011 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.** Disponível em:
http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2954258/RDC_23_2011_COMP.pdf/ba335341-5993-4843-83dc-f23681690514. Acesso: 01/09/2017

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 302.767/P – 4ª Turma - Ministro Cesar Asfor Rocha – Julg.: 05/06/2001. Extraído de:
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7927730/recurso-especial-resp-302767-pr-2001-0013413-0-stj>. Acesso em: 10/10/2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 932.692/DF – 3ª Turma – Ministra Nancy Andrighi – Julgado em 09/12/2008. Extraído de: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2491121/recurso-especial-resp-932692-df-2007-0052507-8/inteiro-teor-12221254?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10/10/2017

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp 1.194.059/SP - 3ª Turma – Rel. Min. Massami Uyeda – Julg.: 06/11/2012. Extraído de: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10/10/2017

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.510/2008 (STF). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso: 11/08/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 878.694/MG. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 16/04/2015. Extraído de: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628824/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-878694-mg-minas-gerais-1037481-7220098130439/inteiro-teor-311628833>. Acesso em: 10/10/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Súmula 149**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1986>. Acesso: 01/09/2017

BRASILEIRO AUTO, Luciana da Fonseca Lima. **Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito**. Dissertação de mestrado (2013). Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10686/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Luciana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09/01/2018.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAHALI, Francisco Jose; HIRONAKA, Giselda Maria Fernades Novaes. **Direito das sucessões**. – 5. ed. – SP: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Jesse. **Pai versus genitor**. Disponível em: http://bjd.com.br/site/colunistas.noticia.php?id_noticia=2126&id_blog=14. Acesso: 01/09/2017.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **Comentários ao Código civil**. Coordenadores: Jorge Shiguemitsu Fujita; Gçauber Moreno Talavera; Luiz Antonio Scavone Junior; Carlos Eduardo Nicoletti Camillo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. **Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem***. Revista de Ciências Jurídicas - UEM, v.7 n.1, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/RevCiencJurid/article/viewFile/10963/6014>. Acesso: 01/09/2017.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. **De persona a pessoa: o reconhecimento da dignidade do nascituro perante a ordem jurídica brasileira**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2013.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas . **Técnicas de reprodução humana assistida: o direito de nascer do embrião**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26010/tecnicas-de-reproducao-humana-assistida-o-direito-de-nascer-do-embriao>. Acesso: 25/10/2017.

CASTRO, Julia Ribeiro de; SOUSA, Thiago Andrade. A dicotomia entre as relações existenciais e as situações patrimoniais. In: **Direito civil constitucional**. SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). São Paulo: Atlas, 2016.

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. – 6 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

CAVAGNA, Felipe. Tratamento da infertilidade – reprodução assistida. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. (e cols.). São Paulo: Grupo editorial nacional – GEN, 2009.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: **Pessoa humana e direito**. CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu (coords.). Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família, vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710)**. Coord: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões, volume 5.** – 8. ed. rev. atual. e ampl. – SP : Revista dos Tribunais, 2016.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima.** Porto Alegre: Verbo jurídico, 2012.

COSTA, Maria Rosineide da Silva. **A concepção interpretativa de Ronald Dworkin. Abordagem pré-positivista sobre a tutela jurídica do embrião humano extracorpóreo.** Curitiba: Juruá, 2013.

CREMESP. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.** Disponível em: http://www.cremesp.org.br/pdfs/cid10_ultimaversaodisponivel_2012.pdf. Acesso em 13/09/2017.

DELFIM, Márcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I.** CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Helena Soares Souza Marques. **A reprodução humana assistida homóloga post mortem: uma análise à luz do direito sucessório.** 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-reproducao-humana-assistida-homologa-post-mortem-uma-analise-a-luz-do-direito-sucessorio-brasileiro,48757.html>. Acesso: 01/09/2017.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Manual de direito das sucessões.** – 4. ed.– SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Manual de direito das famílias.** – 11. ed. rev., atual., e ampl. – SP: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** – 9 ed, rev, aum. e atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETE, Elpídio. **Curso didático de direito civil.** – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, Tiago. **In vitro veritas? A procriação medicamente assistida na constituição e na lei.** Coimbra: Almedina, 2003.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de herança do embrião.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito e processo das famílias: novidades e polêmicas.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013,

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões, vol. 7.** SP: Atlas, 2015.

FEÓ, Christina. **Um Estatuto para o embrião humano.** Jundiaí: Paco Editorial, 2010.

FERNANDES, Tycho Brache. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito. Aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões.** Florianópolis: Diploma legal, 2000.

FERNÁNDEZ, Javier Gafo. **10 palavras-chave em bioética: bioética, aborto, eutanásia, pena de morte, reprodução assistida, manipulação genética, AIDS, drogas, transplantes de órgãos, ecologia.** Tradução: Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família.** PR: Juruá, 2011.

FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro.** SP: Editora Verbatim, 2011.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991

FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá. **A procriação medicamente assistida e as futuras gerações.** Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.

FRIAS, Lincoln. **A ética no uso e da seleção de embriões**. Florianópolis: Ed.da UFSC, 2012.

FUJITA, Jorge. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, vol. 7: direito das sucessões**. - 4. ed. – SP: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito civil: sucessões** – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

_____. A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código civil. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7 : direito das sucessões**. 6. ed. SP: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Ana Paula. **Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida**. Coimbra: Coimbra editora, 1999

HERA, **Direitos sexuais e reprodutivos e saúde das mulheres: idéias para ação**, 1999. Disponível em: www.iwhc.org/hera. Acesso em 04/01/2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernades Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Comentários ao Código Civil – Parte Especial: Do Direito das Sucessões – vol. 20**. São Paulo: Saraiva, 2003.

HOCH, Lothar Carlos; WONDRACEK, Karin H. K. **Bioética: avanços e dilemas numa ótica interdisciplinar do início ao crepúsculo da vida**. São Leopoldo: Sinodal, 2006, p. 17.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos**. PR: Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Adoção por homossexuais no interesse das crianças. In: **Grandes temas da atualidade: adoção, vol. 4**. LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Direito civil aplicado, volume 5: direito de família**. – 2 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Inseminação post mortem e a resolução n. 1.957/2010 do conselho federal de medicina: do equivoco ético ao comprometimento jurídico. In: **Bioética e direitos fundamentais**. GOZZO, Débora; LIGEIRA, Wilson Ricardo (org.), 2012

_____. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, vol. 5: direito de família e sucessões**. – 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. In: FARIAS, Crsitiano Chaves de

(coord.). Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2004.

_____. Direito de família e os princípios constitucionais. In: **Tratado de direito das famílias**. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). 2ª ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

_____. **Direito civil: famílias**. – 5. ed. – SP: Saraiva, 2017.

_____. **Direito civil: sucessões**. – 3. ed. – SP: Saraiva, 2016.

LOYOLA, Maria Andrea. **Cinquenta anos de anticoncepção hormonal: a mulher e a pílula**. Revista Com ciência, nº 119, 2010, Disponível em: http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542010000500010&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 08/01/2018.

MACÊDO, Jéssica Leal e Silva. **O direito sucessório e o instituto da fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados**, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-de-embrioes-criopreservados>. Acesso em 08/01/2018.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. PR: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – RJ: Forense, 2013.

MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem**. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego F. Dabus. Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: **Questões controvertidas no novo código civil, vol. 1**. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). São Paulo: Método, 2004.

MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas, In: **Revista dos Tribunais, nº 716**. São Paulo: RT, jun/1995, p. 346-357.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. **Famílias in vitro: um ensaio sobre a harmonização entre o direito das famílias monoparentais e homoafetivas ao planejamento familiar e o direito do menor à biparentalidade**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB, ano 3, nº 7, 2014, p. 5087/5088.

Disponível em:

http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/07/2014_07_05065_05109.pdf

f. Acesso em: 14/01/2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões, volume I**. 4ª edição. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S.A., 1958.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. RJ: Editora Biblioteca, 2000.

_____. **Filhos da reprodução assistida**. Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família sobre o novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis, 2001.

_____. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional. In: **Novos temas de biodireito e bioética**. BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado, tomo LVIII**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1973.

MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela. **Filiação e tecnologias da reprodução assistida: entre medicina e direito**. PHYSIS – Revista da Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, vol. 6**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Ser ou não ser: os direitos sucessórios do embrião humano**. Belo Horizonte: Editora New Hampton Press Ltda, 2007.

_____. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2747/o-direito-civil-em-face-das-novas-tecnicas-de-reproducao-assistida>. Acesso: 13/09/2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil aplicado, v 5: direito de família**. – 7 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões**. 7 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. Identidade genética ou direito ao reconhecimento das origens. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil, volume VI**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões, vol. 1**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

_____. **Tratado de direito das sucessões, vol. 2**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, Débora Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão**. – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Legislar sobre procriação assistida. In: **Revista de legislação e jurisprudência, nº 3.840/2**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Disponível em: <http://www.who.int/en>. Acesso em: 13/09/2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Sidney**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/medica/22sidney.html>. Acesso em: 13/09/2017

PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. Reprodução assistida. In: **Iniciação à Bioética**. COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira (org.). Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – vol. V**. - 7 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016

_____. **Instituições de direito civil – vol. VI**. - 24 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**, 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: Aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

QUAYLE, Julieta. Conceitos e “pré-conceitos. A condição da criança na família monoparental. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. (e cols.). São Paulo: Grupo editorial nacional – GEN, 2009

QUAYLE, Julieta M. B. R.; DORNELLES, Lia M. N.. **Monoparentalidade programada e reprodução assistida: da “produção independente” à utilização do sêmen post mortem**. In: Revista Mudanças – Psicologia da Saúde nº 23, 2015. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/MUD/article/viewFile/4807/4948>. Acesso em 09/01/2018.

QUEIROZ, Juliana Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

_____. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório.** Curitiba: Editora da UFPR, 2015.

RAMOS, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire. **Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** – 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Direito das sucessões.** – 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: sucessões.** - 25 ed - São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JR., Walsir Edson; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: **Problemas da família no direito.** TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; OLIVEIRA E TELLES, Marília Campos. Belo Horizonte: Delrey, 2012.

RUPRECHT, Theo. **Fertilização in vitro: as taxas de sucesso subiram muito.** 2016. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/familia/fertilizacao-in-vitro-as-taxas-de-sucesso-subiram-muito/> Acesso em 14/01/2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e biotecnologia.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SALDANHA, Ana Cláudia. **A tutela do embrião humano.** Curitiba: Editora Prisma, 2015.

SALEM, Tania. **O princípio do anonimato na inseminação artificial com doador (IAD): das tensões entre natureza e cultura.** PHYSIS – Revista de saúde coletiva, vol. 5, n. 1 1995.

SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade.** São Paulo: Editora Ave-Maria, 2013.

_____. Planejamento familiar no contexto da bioética. In: **Bioética e planejamento familiar: perspectivas e escolhas**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

SANCHES, Mário Antonio; VIEIRA, José Odair; MELO, Evandro Arlindo de. **A dignidade do embrião humano**. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2012.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição. Ética na era da engenharia genética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução humana assistida: um direito fundamental?** Curitiba: Appris, 2015.

SAVIN, Glaucia. Críticas aos conceitos de maternidade e paternidade diante das novas técnicas de reprodução artificial. In: **Doutrinas essenciais: Família e sucessões, vol. I**. CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Família e Sucessões**. – 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. – 3 ed. – Belo Horizonte: DelRey, 2015.

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

_____. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2003.

SILVER, Lee M. **De volta ao Éden**. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. – São Paulo: Mercury, 2001.

SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de. Parentalidade, dilemas singulares, dilemas coletivos: planejar o controle ou controlar o planejamento? In: **Parentalidade: análise psicojurídica**. SOUZA, Ivone M. Candido Coelho de (coord.). Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA E LIMA, Shirley Mitacoré de Souza. **Tratamento jurídico do embrião**, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7221/tratamento-juridico-do-embriao>. Acesso: 21/10/2016

SOUZA JUNIOR, Claudio José Cavalcante; MOREIRA, Thiago Oliveira. A força supralegal da teoria concepcionista no direito brasileiro. **Revista Fórum de Direito Civil : RFDC – ano 1, n. 1**, (set/dez 2012). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STANZIONE, Pasquale. Procreazione assistita e categorie civilistiche. Milano: Giuffré Editore, 1998, p. 862. In: **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. QUEIROZ, Juliana Fernandes, 2015.

STRAUBE, Kátia M. Repercussões psicossociais da reprodução assistida sobre a vida de casais inférteis. In: **Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar**. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JR., Edson. São Paulo: Santos, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família**. – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Direito civil, v. 6: direito das sucessões**. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre a procriação ou reprodução assistida nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. In: **Grandes temas de direito de família e sucessões, volume 2**. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Novidades sobre a reprodução assistida no Brasil**, 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novidades-sobre-a-reproducao-assistida-no-brasil/>) Acesso em 14/01/2018.

TEPEDINO, Gustavo. Prefácio a NEVARES, Ana Luiza Maia, **A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, , 2010

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. - 12 ed. – SP: Atlas, 2012.

_____. **Direito Civil: direito das sucessões**. - 17 ed. – SP: Atlas, 2017.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº 21, 1979, p. 415. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>. Acesso: 13/09/2017.

WALD, Arnaldo. **Direito civil: direito das sucessões, vol. 6**. – 16. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, ética, família e o novo Código civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2004