

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO APLICADO
NÚCLEO CURITIBA**

MARIANA KINDL WOLFF

**O DIREITO À HERANÇA DO FILHO NASCIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**CURITIBA
2015**

MARIANA KINDL WOLFF

**O DIREITO À HERANÇA DO FILHO NASCIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof.: Inacio de Carvalho Neto.

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA KINDL WOLFF

O DIREITO À HERANÇA DO FILHO NASCIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, de _____ de 2015.

Dedico este trabalho a todas as mães que se submeteram, ou irão se submeter, à técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, a fim de concretizar o sonho de ter um filho (a) com a pessoa amada, bem como a todas as crianças que nasceram por meio desta técnica.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, por ter me concedido a honra e o prazer de viver no seio de uma família tão extraordinária e maravilhosa como a minha. Agradeço por todas as oportunidades e conquistas que tive, e as que ainda terei. Agradeço por ter chegado até aqui.

Agradeço aos meus pais, Jucélia e Paulo, pelo amor, carinho e dedicação que sempre tiveram por mim e por todo o esforço que fizeram para que eu pudesse estar concluindo este curso de pós-graduação.

Agradeço também aos meus avós, Haroldo e Iliana, por sempre me apoiarem e me ajudarem em tudo o que precisei, por serem avós amorosos e exemplos de vida a serem seguidos.

Agradeço a todos os professores, mestres, por todo o conhecimento compartilhado ao longo deste ano.

A todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 07 |
| 2 | DIREITO SUCESSÓRIO | 09 |
| 2.1 | INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 2.2 | ASPECTOS GERAIS..... | 09 |
| 2.3 | LEGITIMIDADE PARA SUCEDER..... | 12 |
| 2.4 | PRINCÍPIOS NORTEADORES..... | 15 |
| 2.4.1 | Princípio da <i>saisine</i> | 15 |
| 2.4.2 | Princípio da solidariedade | 16 |
| 2.4.3 | Princípio da dignidade da pessoa humana | 17 |
| 2.4.4 | Princípio do planejamento familiar | 17 |
| 2.4.5 | Princípio da proteção integral à criança e ao adolescente | 18 |
| 2.4.6 | Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente | 19 |
| 3 | REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA | 21 |
| 3.1 | INTRODUÇÃO..... | 21 |
| 3.2 | TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA..... | 22 |
| 3.3 | EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS..... | 23 |
| 3.4 | RECONHECIMENTO JUDICIAL DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA..... | 24 |
| 3.5 | DIREITO À HERANÇA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> | 25 |
| 3.6 | SEGURANÇA JURÍDICA DOS DEMAIS HERDEIROS..... | 31 |
| 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 34 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 37 |
| | ANEXO 1 – RESOLUÇÃO Nº 2.121/2015 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA | 40 |

RESUMO

O presente trabalho monográfico visa analisar a possibilidade jurídica de o filho nascido por inseminação artificial homóloga *post mortem* receber a herança deixada pelo falecido pai. Com o avanço científico, surgiram inúmeras técnicas de reprodução humana assistida, a fim de auxiliar os casais com problemas de infertilidade. Atualmente, os embriões podem permanecer congelados por muitos anos, podendo ser utilizados, inclusive, depois da morte de um dos donos do material genético. Todavia, esta técnica de reprodução assistida *post mortem* traz muitas controvérsias no âmbito do direito sucessório. O artigo 1.798, do Código Civil, disciplina como sucessores legítimos apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da morte do autor da herança. Desta forma, os filhos nascidos por reprodução póstuma ficam desamparados, pois não são abarcados pelo citado artigo, ferindo assim o princípio constitucional da igualdade de tratamento aos filhos e o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes. No entanto, o Código Civil, em seu artigo 1.597, ao tratar da presunção de paternidade, disciplina que os filhos havidos, a qualquer tempo, por reprodução artificial homóloga, são presumidamente concebidos na constância do casamento, ou seja, ainda que a reprodução assistida tenha sido *post mortem*, o filho será considerado concebido enquanto o pai ainda era vivo. Assim, esse filho faz jus ao recebimento da herança na categoria de herdeiro necessário. Ocorre que o nosso Código não disciplina expressamente este direito, e a omissão do Código acaba por gerar inúmeras controvérsias na doutrina. Um dos problemas que se levanta, é em relação à segurança jurídica dos demais herdeiros, que podem ter a sua parcela da herança afetada em função de uma inseminação artificial feita anos após o término do inventário e da partilha. Desta forma, é evidente a necessidade de regulamentação, pelo Código Civil, a fim de se assegurar direitos sucessórios aos filhos nascidos por reprodução assistida póstuma. O presente trabalho monográfico pretende descrever as regras sobre direito sucessório estabelecidos no Código Civil, distinguir quais são as técnicas de reprodução humana assistida existentes, analisar a possibilidade jurídica de o filho nascido por inseminação artificial homóloga *post mortem* receber a herança deixada pelo falecido pai e avaliar a implicação deste direito em relação à segurança jurídica dos demais herdeiros.

Palavras-chave: reprodução humana assistida; inseminação artificial homóloga *post mortem*; direito à herança.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a ciência tem evoluído de uma forma muito acelerada, revolucionando tanto as áreas da biologia e tecnologia como também as áreas sociais. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro não conseguiu acompanhar todas estas mudanças.

Dentre os diversos ramos existentes no direito, o que mais sofre alterações é o direito de família, tendo em vista que este é um segmento que busca, constantemente, se adaptar ao comportamento da sociedade, que vive em frequente transformação. O ramo das famílias também procura acompanhar os avanços científicos que ocorrem ao longo dos anos, para que possa atender aos anseios da sociedade de forma efetiva, atual, evitando tornar-se um direito obsoleto.

No entanto, em face a tantas mudanças, o nosso ordenamento jurídico conseguiu acompanhar apenas algumas delas, como por exemplo a questão da união homoafetiva, que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar¹, garantindo, assim, proteção a essas famílias que estão cada vez mais presentes em nossa sociedade. Nada obstante, ainda existem inúmeras questões que carecem de regulamentação pelo nosso direito.

Durante todos estes anos, a ciência desenvolveu as mais diversas técnicas de reprodução humana assistida², e tais métodos são de extrema importância e relevância para a nossa sociedade, principalmente para viabilizar a reprodução aos casais que possuem qualquer tipo de impedimento, ou mesmo para auxiliar as pessoas que desejam constituir uma família monoparental³.

O Código Civil Brasileiro prevê algumas dessas técnicas de reprodução assistida, todavia, apenas faz referência a elas, sem regulamentar tais medidas, deixando, assim, de estabelecer os limites e efeitos de tais procedimentos.

Ao tratar da sucessão, o Código Civil disciplina, em seu artigo 1.798, que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da

¹ O reconhecimento ocorreu na data de 05/05/2011, quando os ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

² “Reprodução Humana Assistida” é um conjunto de técnicas que tem como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres que, por algum motivo, possuem dificuldade para engravidar. Possuem o nome de reprodução “assistida” pois tais técnicas devem ser realizadas por médicos especializados.

³ Família monoparental é aquela formada por apenas um dos pais e seu (s) filho (s).

abertura da sucessão”. Ou seja, são legítimos para suceder apenas as pessoas que já nasceram ou já foram concebidas no momento da morte do autor da herança. Desta forma, por mais que o Código Civil reconheça as técnicas de reprodução humana assistida, acaba por excluir da sucessão legítima os filhos nascidos por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem*⁴, tendo em vista que estes filhos ainda não haviam sido concebidos no momento da abertura da sucessão.

Isto posto, tendo em vista a ausência de regulamentação específica do Código Civil, faz-se necessário o estudo sobre o assunto, com o fim de resolver os impasses que decorrem da omissão da lei. As técnicas de reprodução humana assistida estão sendo cada vez mais utilizadas, e o direito deve regulamentar seus efeitos e implicações, a fim de assegurar direito a todos, de forma igualitária e justa. Deve-se atentar aos direitos da criança que irá nascer, mas também dos demais herdeiros, que não podem ter sua segurança jurídica afetada por eventual inseminação feita a qualquer tempo.

O tema central deste trabalho diz respeito a um assunto muito controverso e ainda pouco discutido no âmbito jurídico. Em função disso, o número de bibliografias que tratam deste assunto ainda é muito restrito, e cada autor defende um posicionamento diferente. Assim, serão apresentadas algumas opiniões em relação ao direito à herança do filho nascido por reprodução assistida *post mortem*, mostrando argumentos conflitantes sobre o tema, buscando assumir um posicionamento favorável a este direito.

Na primeira parte desta monografia, será feita uma introdução sobre o assunto, trazendo as regras sobre direito sucessório, disciplinadas no Código Civil.

Posteriormente serão demonstradas as técnicas de reprodução humana assistida existentes atualmente, passando pela questão dos embriões excedentários.

Em relação ao tema central deste trabalho, será abordado o assunto da inseminação artificial homóloga *post mortem* e suas consequências em relação ao direito à herança do filho nascido por meio desta técnica.

⁴ Inseminação artificial é a técnica que importa na implantação artificial de espermatozoides no aparelho reprodutor feminino com a finalidade de facilitar a procriação. É chamada de homóloga quando utiliza o material genético do marido, e não de um doador. Quando tal técnica é realizada após a morte do marido, é chamada de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

2 DIREITO SUCESSÓRIO

2.1 INTRODUÇÃO

Direito sucessório é o ramo do direito que disciplina a transferência de todo o patrimônio de alguém (ativo e passivo), para outras pessoas, em função de sua morte. Essa transferência *causa mortis* decorre de lei, mas também pode ser feita por meio de testamento.

O Código Civil regulamenta o direito das sucessões no livro V, que vai do artigo 1.784 até o artigo 2.027. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX⁵, garante o direito à herança como um direito fundamental.

O direito sucessório possui grande importância nas sociedades capitalistas, tendo em vista que o seu fundamento é o reconhecimento da propriedade privada. De acordo com Dias (2013, p. 27), a herança tem por objetivo a conservação do patrimônio, uma vez que, ao manter os bens no âmbito da família, todos os seus integrantes acabam por defendê-los. Também entende a autora que a transferência do patrimônio aos descendentes estimula a poupança, o trabalho, a economia e consolida a estrutura familiar.

Todavia, além deste fundamento social, a sucessão também possui um fundamento jurídico, uma causa de ser, tendo em vista que o patrimônio de uma pessoa não pode virar uma coisa sem dono, em função de sua morte. Este patrimônio deve ser repassado aos herdeiros ou, na inexistência deles, deve ser arrecadado pelo Estado. Por isso a importância da regulamentação deste direito.

2.2 ASPECTOS GERAIS

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

O termo “sucessão” designa o ato de suceder que, segundo o Dicionário Aurélio, dentre outras definições, significa “ocupar o lugar de outro”. “No âmbito jurídico o significado da palavra **sucessão** é o mesmo. É a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos” (DIAS, 2013, p. 32).

A sucessão, em um conceito mais amplo, engloba a transmissão *inter vivos* e a transmissão *causa mortis*. A sucessão é *inter vivos* quando decorre da manifestação de vontade de duas ou mais pessoas (vivas). Já a sucessão *causa mortis*, para que ocorra, é necessário que haja o óbito de alguém que possua um patrimônio, o qual será transferido para outras pessoas (herdeiros).

O presente trabalho irá tratar apenas da sucessão *causa mortis*, uma vez que somente esta envolve questões relativas à herança e legitimidade sucessória.

Pois bem, na sucessão *causa mortis*, os sucessores herdam o patrimônio, direitos e deveres da pessoa falecida. Não havendo patrimônio a ser transferido, não há herança, logo, não ocorre a sucessão. Não havendo morte também não há o que se falar em herança, uma vez que esta não pode ser objeto de sucessão *inter vivos*, conforme dispõe o artigo 426, do Código Civil⁶.

Logo, a morte é o pressuposto para a sucessão, ou seja, é ela que dá início à abertura da sucessão. Isso ocorre porque a morte cessa a capacidade jurídica de uma pessoa (falecido) e dá início à capacidade de outrem em relação aos seus bens (herdeiros). É no momento da morte que se verifica quem tem capacidade para suceder e qual a lei que irá reger a sucessão.

A herança é o patrimônio deixado pelo falecido, que envolve um conjunto de direitos e obrigações, de ativos e passivos, que são provisoriamente reunidos em condomínio. A herança é uma universalidade indivisível (até a partilha) e que, por força de lei, é considerada bem imóvel, conforme determinam os artigos 1.791, parágrafo único e 80, inciso II, do Código Civil⁷.

⁶ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁷ Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

II - o direito à sucessão aberta.

Morrendo o titular da herança, esta é automaticamente transferida para seus herdeiros, de forma instantânea, tendo em vista que o patrimônio do *de cuius*⁸ não pode ficar sem dono.

Os herdeiros são as pessoas que irão receber a herança. Existem diversos tipos de herdeiros, conforme demonstrado a seguir:

Herdeiros legítimos (ou legais): participam da sucessão por expressa previsão legal, conforme artigo 1.829, do Código Civil⁹. São herdeiros legítimos os parentes em linha reta (descendentes ou ascendentes), os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios ou primos), e os cônjuges.

Herdeiros necessários: são os herdeiros cuja presença é obrigatória, ou seja, aqueles que, existindo, necessariamente irão receber parte do patrimônio. São eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme artigo 1.845, do Código Civil¹⁰.

Herdeiros testamentários: são os herdeiros instituídos por testamento, contemplados com uma parcela da herança, de acordo com o artigo 1.857, do Código Civil¹¹.

Legatários: também são instituídos por testamento, mas são agraciados com um bem ou direito específico (e não com uma parcela da herança).

Pois bem. Aos herdeiros legítimos e necessários é destinada metade da herança. Desta forma, ninguém pode abrir mão de todo o seu patrimônio se tiver herdeiros necessários, conforme artigo 1.846, do Código Civil¹².

A outra metade é disponível, podendo o seu titular destiná-la a quem quiser e da maneira que quiser, podendo fazer doações em vida ou deixas testamentárias, destinando a totalidade da parte disponível para uma ou mais pessoas, ou apenas deixando uma fração desta parte, ou um bem determinado. O

⁸ “*De cuius*” é um termo em latim usado para definir “a pessoa de cuja sucessão se trata”, ou seja, o autor da herança.

⁹ 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.

¹⁰ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹¹ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

¹² Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

testamento pode beneficiar qualquer pessoa, sendo ela um herdeiro ou uma pessoa aleatória, podendo inclusive contemplar pessoa que ainda não nasceu e nem sequer foi concebida, conforme disciplina o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil¹³.

“Assim, convivem harmoniosamente a sucessão em virtude da lei e a sucessão por vontade do titular do patrimônio de beneficiar determinadas pessoas” (DIAS, 2013, p. 29).

No caso de inexistirem herdeiros necessários e nem testamentários (ou legatários), a herança fica com os herdeiros legítimos. Não havendo nenhuma espécie de herdeiros, não ocorre a abertura da sucessão e a herança é declarada vacante, sendo arrecadada pelo Estado:

A herança não pode cair no vazio, precisa ser atribuída a alguém. Se no instante da abertura da sucessão o primeiro integrante da ordem sucessória já tiver morrido, são convocados a suceder outros herdeiros da mesma classe. Se for ele o único de uma classe, o acervo passa aos herdeiros da classe imediata, obedecendo à **ordem de vocação hereditária**: descendentes, ascendentes, cônjuge, herdeiros colaterais e companheiro. Inexistindo herdeiros conhecidos, não ocorre a abertura da sucessão. A herança é reconhecida como jacente. Declarada sua vacância, acaba entregue ao ente público municipal em que os bens se situam (DIAS, 2013, p. 122 – grifo do autor).

Os seja, segundo a ordem de vocação hereditária¹⁴, as primeiras pessoas chamadas a suceder são os descendentes (em concorrência com o cônjuge, se houver). Não havendo descendentes, passa-se aos ascendentes (também em concorrência com o cônjuge). Na inexistência destes, o cônjuge é chamado para suceder sozinho. Não havendo cônjuge, passa-se aos parentes colaterais. Se, ainda sim, não existir nenhum herdeiro, nem por testamento, a herança é arrecadada pelo Estado.

2.3 LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

¹³ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

¹⁴ Ordem de vocação hereditária é a ordem, definida pelo Código Civil, das pessoas que são chamadas a suceder.

Por legitimidade sucessória entende-se a aptidão da pessoa para arrecadar os bens deixados pelo falecido. A legitimidade é regida pela lei que estiver em vigor no momento da morte do autor da herança, e vale tanto para os herdeiros legítimos quanto para os testamentários e legatários.

Legitimidade, contudo, não se confunde com capacidade. “[..] o **autor da herança** precisa ter **capacidade ativa** para testar. Já os **beneficiários** – quer na sucessão legítima, quer na testamentária – precisam ter **legitimidade passiva** para herdar” (DIAS, 2013, p. 120 – grifos do autor).

Assim sendo, são legítimas para suceder, nos termos da lei (sucessão legítima), qualquer pessoa nascida ou já concebida¹⁵ no momento da abertura da sucessão (morte do autor da herança), conforme artigo 1.798, do Código Civil¹⁶.

Quando se fala em “pessoa já concebida”, trata-se do nascituro, ou seja, aquele que já foi concebido, mas que ainda está por nascer. O nascituro é um sucessor legítimo, todavia, para que receba a herança, deve nascer com vida:

A aquisição da capacidade [sic] sucessória está sujeita à ocorrência de **condição suspensiva**: o nascimento com vida. [...]. Se o nascituro não sobreviver ao parto, ou seja, não nascer com vida, não adquirirá a condição de herdeiro. Nesta hipótese, a herança a que faria jus retorna ao acervo sucessório para ser dividida entre os demais sucessores. Porém, se sobreviver, ainda que por poucos momentos, assumirá a condição de herdeiro e a ele se transmitirá a herança. Mesmo que venha a morrer logo após o nascimento, os bens recebidos são transmitidos aos seus sucessores. (DIAS, 2013, p. 123 – grifo do autor).

A sucessão testamentária, por sua vez, possui um maior número de legitimados do que a sucessão legítima, visto que, na testamentária, são legitimadas para suceder as pessoas nascidas, já concebidas ou até mesmo aquelas que ainda nem foram concebidas, bem como pessoas jurídicas constituídas ou ainda não constituídas, para se tornarem fundação.

A pessoa ainda não concebida, chamada de prole eventual, tem legitimidade para ser (apenas) herdeira testamentária, de acordo com o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil¹⁷. Todavia, para que isto ocorra, o testador deve indicar a pessoa cujo

¹⁵ De acordo com Dias, por “pessoas já concebidas” entende-se os nascituros com vida uterina e os embriões concebidos *in vitro*.

¹⁶ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

¹⁷ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

filho quer contemplar, e esta pessoa deve estar viva quando da abertura da sucessão. Além disso, o filho deve ser concebido em até dois anos após a abertura da sucessão, de acordo com o artigo 1.800 § 4º, do Código Civil¹⁸. Caso contrário, os bens a ele reservados passarão aos herdeiros legítimos.

Ou seja, “o **nascituro** tem legitimidade para suceder, tanto como herdeiro legítimo quanto testamentário (CC 1.798). Porém, os filhos **não concebidos** só podem ser beneficiados via testamento (CC 1.799 I) [...]”. (DIAS, 2013, p. 343 – grifos do autor).

Acerca deste tema, é importante tecer alguns comentários sobre a grande discussão que existe a respeito da personalidade jurídica do nascituro. Sobre este assunto existem três teorias. A teoria **natalista** entende que a personalidade surge a partir do nascimento com vida, de acordo com a parte inicial do artigo 2º, do Código Civil¹⁹. Desta forma, o nascituro, que ainda não é pessoa, possui mera expectativa de direito. A teoria **conceptualista** entende que a personalidade é adquirida desde a concepção, tendo em vista que o nascituro já é considerado pessoa, sendo titular de direitos, como o direito à vida, à filiação, aos alimentos, a uma adequada assistência pré-natal, dentre outros, conforme a parte final do artigo 2º, do Código Civil. Já a teoria **condicionalista**, que é uma combinação entre as duas teorias anteriores, entende que a personalidade jurídica começa com a concepção, todavia, está condicionada ao nascimento com vida.

Não é possível saber ao certo qual a é o entendimento majoritário ou o mais correto, visto que as duas teorias decorrem de maneiras distintas de interpretar um mesmo artigo. Nesse sentido:

Não se tem uma posição pacífica para dizer se o nascituro possui ou não personalidade jurídica. Dessa forma, não se pode desacreditar qualquer teoria de plano. O respeito que o ser que vai nascer merece não advém do fato de ele ser titular de direitos e contrair deveres e, tampouco, por possuir direitos da personalidade em sua amplitude, mas emana do fato de ele representar a “vida humana” em seus primórdios. (NAMBA, 2009, p. 27).

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

¹⁸ 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.

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

¹⁹ 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.

Outro ponto que ainda gera muita controvérsia é sobre o conceito de nascituro, levando em conta as técnicas de reprodução humana assistida. O debate diz respeito aos casos em que ocorre fecundação *in vitro*, e o que se discute é a obrigatoriedade, ou não, de implantar o embrião no útero materno para que exista o nascituro.

Esta discussão também envolve questões sucessórias:

A primeira dúvida é se os embriões congelados em laboratório devem ser considerados nascituros ou “prole eventual”: filhos não concebidos. Reconhecidos como **nascituros**, teriam personalidade jurídica e desfrutariam da qualidade de herdeiros – e herdeiros necessários –, independentemente de quando fosse levada a efeito a implantação. Com o nascimento, fariam jus ao quinhão hereditário e a seus frutos desde a abertura da sucessão. Considerados filiação eventual, só poderiam ser eleitos herdeiros testamentários, e restariam excluídos da sucessão do pai ou da mãe que não conheceram, mas a quem devem a paternidade biológica. (DIAS, 2013, p. 346 – grifo do autor).

Este tema, no entanto, será melhor discutido no próximo capítulo, quando formos tratar da reprodução humana assistida.

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES

A família é a base de qualquer sociedade, e dela decorrem inúmeros direitos e obrigações. O nosso ordenamento jurídico, para regular a aplicação de todos estes direitos e deveres, prevê a existência de regras e também de princípios.

Os princípios se sobrepõe às regras por serem normas jurídicas com alto grau de generalidade e de validade universal. Servem para balizar todas as regras, para auxiliar a interpretação das leis e promover uma aproximação ao ideal de justiça. Assim sendo, cito a seguir alguns princípios aplicáveis no âmbito do direito das sucessões.

2.4.1 Princípio da *saisine*

É o princípio mais importante em relação ao direito sucessório. De acordo com ele, no momento da morte do autor da herança (abertura da sucessão), esta é imediatamente transferida para todos os seus herdeiros, que tenham legitimidade sucessória. Ou seja, “é no momento da morte que ocorre a sucessão hereditária. Independentemente de qualquer formalidade, o acervo patrimonial do falecido transmite-se aos herdeiros” (DIAS, 2013, p.108).

Esta ficção jurídica ocorre pois a morte encerra a existência da pessoa natural, a qual deixa de ser sujeito de direitos e obrigações. Desta forma, como os bens não podem ficar sem dono, eles são imediatamente transferidos, de pleno direito, a todos os herdeiros, sejam eles legítimos, testamentários ou legatários.

A transferência automática do patrimônio do falecido envolve tanto os seus bens como também os direitos e obrigações que lhe diziam respeito.

Os herdeiros não precisam aceitar a herança, uma vez que ela já lhes pertence. A aceitação é tácita, não sendo exigida nenhuma manifestação por parte dos herdeiros. Todavia, eles têm direito de recusá-la, devendo, neste caso, renunciar de forma expressa. A renúncia é uma condição resolutiva que dispõe de efeito retroativo, ou seja, o quinhão do herdeiro que renunciou volta para o acervo hereditário e transmite-se aos demais herdeiros, como se nunca tivesse acontecido a transmissão da herança ao sucessor renunciante.

Dias (2013, p. 109) ainda ensina:

A **posse** transmitida aos **herdeiros universais** pelo *droit [sic] de saisine* não é a posse direta. A transferência não implica na apreensão material dos bens que compõe o acervo hereditário, o que ocorre somente quando da partilha. A posse que se transmite *causa mortis* é sempre a **posse indireta**, distinção que é feita pelo direito das coisas (CC 1.197). Já o **legatário**, a quem o testador beneficiou com coisa certa, recebe somente o **domínio** do legado quando da abertura da sucessão. A **posse** lhe é transferida na partilha [...]. (grifos do autor).

Ou seja, trata-se de verdadeira ficção jurídica, que ocorre unicamente para que os bens do falecido não fiquem temporariamente sem dono.

2.4.2 Princípio da solidariedade

Nas palavras de Dias (2013, p. 28), “A solidariedade familiar consagrada entre os parentes nada mais é do que atribuir às pessoas unidas por laços afetivos o dever de uns cuidarem dos outros”.

No âmbito do direito sucessório, pode-se entender que tal princípio diz respeito à assistência que os familiares devem dar entre si, ou seja, “Mesmo com a morte, ninguém pode deixar desprotegidas as pessoas para com quem tinha obrigações de sustento e assistência. Daí a instituição de **herdeiros necessários**, casualmente as pessoas entre as quais existe obrigação alimentar” (DIAS, 2013, p. 28).

O princípio em questão tem por base o afeto e o respeito entre os membros de uma família, de forma que estes devem cooperar mutuamente para a assistência de seus semelhantes.

2.4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O mais universal de todos os princípios, é o valor central da ordem constitucional e dele irradiam todos os demais, como o princípio da igualdade, o da liberdade e o da solidariedade. Trata-se de uma cláusula pétrea, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal²⁰.

Segundo este princípio, o Estado deve promover a dignidade de todos, mediante a garantia do mínimo existencial, criando mecanismos de proteção a fim de evitar qualquer tipo de violação a este princípio fundamental.

No tocante ao direito das sucessões, diz respeito ao dever de assegurar a dignidade a todos os herdeiros, de forma igualitária de justa, protegendo a vida e a integridade de cada um deles.

2.4.4 Princípio do planejamento familiar

²⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Trata-se de um princípio muito importante em relação ao direito sucessório, que está previsto tanto no Código Civil (artigo 1.565, § 2º²¹) quanto na Constituição Federal (artigo 226, § 7º²²), bem como em uma Lei específica (Lei nº 9.263/1996, artigos 1º e 2º²³).

Fundado no princípio da liberdade e da paternidade responsável, diz respeito à autonomia que os pais têm de decidir sobre o número de filhos que pretendem ter, a forma de organizar a família, o modo de vida que irão adotar, o método de educação que utilizarão com seus filhos, dentre outros, não sendo admitida a intervenção de terceiros nestas escolhas. Ademais, prevê o dever do Estado de proporcionar recursos educacionais, científicos e financeiros para o exercício deste direito.

O presente princípio tem especial importância em se tratando dos casos de reprodução humana assistida, visto que, nestas situações, os pais precisam se submeter a procedimentos médicos para poder efetivar o planejamento familiar que tanto desejam.

2.4.5 Princípio da proteção integral à criança e ao adolescente

Previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal²⁴ e nos artigos 1º, 3º e 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)²⁵, este princípio

²¹ § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

²² 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.

²³ Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

²⁴ 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.

²⁵ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

reconhece a condição peculiar das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento, que devem ser protegidas pelo Estado, pela sociedade e pela família, com prioridade absoluta.

A situação de vulnerabilidade em que as crianças e os adolescentes se encontram, decorre de uma fase de amadurecimento pela qual eles estão passando, aonde ocorre a formação de suas personalidades. Essa condição deve ser respeitada por todos, a fim de assegurar o pleno desenvolvimento destes seres em formação.

A vulnerabilidade os torna merecedores de proteção integral (priorizando seu desenvolvimento físico, educacional, emocional, psicológico, moral, cultural, social e educacional), de forma que todas as suas necessidades devem ser atendidas, tanto pela família como pela sociedade, mas principalmente pelo Estado, que deve promover a execução de políticas públicas a fim de garantir proteção e defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes.

2.4.6 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Tendo por base o mesmo fundamento constitucional que o princípio acima descrito, ou seja, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, também encontra fundamento nos artigos 4º e 5º²⁶, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Trata-se de um princípio com *status* de direito fundamental, o que faz com que ele seja, obrigatoriamente, observado por toda a sociedade.

Este princípio tem por finalidade orientar a interpretação das normas legais, que sempre deve fazer prevalecer a proteção dos interesses dos menores sobre qualquer outro interesse juridicamente tutelado, em respeito à especial condição das

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁶ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, merecedoras de proteção integral, como visto acima.

Nas palavras de Sobral (2010), “Logo, nos dias de hoje, os operadores do direito, ao tratar da filiação, têm que dar valor ao interesse do menor, devem observar o que realmente é o melhor para a criança e/ou adolescente, de modo a favorecer sua realização pessoal”.

Nota-se, assim, que o objetivo de tal princípio é a proteção integral dos direitos dos menores, tendo em vista que o operador do direito pode utilizar de todas as formas que estão ao seu alcance para aplicar os dispositivos legais em benefício dos interesses das crianças e dos adolescentes.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida “pode ser definida como a intervenção do homem no processo de procriação natural com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade”. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.531).

As diversas técnicas de reprodução assistida existentes atualmente estão sendo cada vez mais utilizadas, e o uso de tais técnicas é um direito fundamental, que decorre do princípio do planejamento familiar.

O nosso Código Civil não disciplina as técnicas de reprodução humana assistida, limitando-se a reconhecê-las, em apenas um momento específico. Desta forma, é inevitável buscar, em outros diplomas legais, o regulamento de tais procedimentos.

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 2.121/2015 (ver ANEXO - 1), relativa às normas éticas que devem ser adotadas quando se opta pela reprodução assistida. Tal Resolução disciplina, dentre outras coisas, a obrigatoriedade de expressa manifestação de vontade dos cônjuges ou companheiros, no momento da criopreservação²⁷, em relação ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Também disciplina que deve haver autorização prévia específica do falecido sobre o uso de seu material genético criopreservado em uma reprodução assistida *post mortem*.

A Lei da Biossegurança²⁸ também é utilizada, uma vez que esta proíbe a comercialização do material biológico em comento, tipificando tal prática como crime, previsto no artigo 15, da Lei nº 9.434/1997.

27 A criopreservação diz respeito a um conjunto de técnicas que são utilizadas para conservar células por meio do congelamento, utilizando nitrogênio líquido a temperaturas muito baixas. No caso da reprodução humana assistida, são criopreservados gametas femininos, gametas masculinos e até mesmo pré-embriões.

²⁸ Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

3.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Atualmente existem diversas técnicas de reprodução humana assistida. Dentre elas, podemos citar a “relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, que abrange a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide, e a inseminação *in vivo*.” (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.531).

A reprodução assistida pode ser homóloga (quando é utilizado o material genético do próprio casal) ou heteróloga (quando é utilizado o material genético de doador, podendo ser apenas de um deles ou de ambos – homem e mulher). Dependendo do caso indicado para cada paciente, a reprodução pode ser realizada *in vivo* (realizada diretamente no corpo da paciente) ou *in vitro* (realizada em laboratório).

Em alguns casos a reprodução assistida é realizada *post mortem*, ou seja, depois da morte do dono do material genético a ser utilizado. Nestes casos, é necessário que o material genético tenha sido colhido em vida e tenha sido congelado, para preservação, possibilitando sua utilização póstuma.

Antes de explicar rapidamente cada modalidade de reprodução assistida, é importante fazer uma diferenciação entre os termos “fecundação”, “inseminação” e “concepção”:

Fecundação, termo oriundo do latim *fecundatio*, significa fertilizar, dá-se na fase de reprodução, que consiste na fertilização do óvulo pelo esperma, sem haver ainda a efetiva mistura do material genético. Comporta tanto a fecundação natural quanto a artificial, decorrente de manipulação, a qual se dá pela fertilização *in vitro* ou pela inseminação no corpo da mulher.

Inseminação, do verbo *inseminare*, significa a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher.

Concepção, que ocorre no momento posterior ao da fecundação, representando o produto derivado da mistura de material genético entre os pais. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.533 – grifos do autor).

A inseminação artificial intrauterina é uma técnica que consiste na introdução artificial de espermatozoides no interior do canal genital feminino. É o procedimento mais simples de todos.

Na fertilização *in vitro* clássica, ocorre a estimulação da ovulação por meio de hormônios, o que gera a formação de vários óvulos. Esses óvulos são colhidos e colocados juntamente com os espermatozoides para serem fecundados. Todo esse procedimento é feito em laboratório e, depois de 24 a 48 horas, esses embriões são transferidos para a cavidade uterina.

A fertilização *in vivo* consiste na transferência de espermatozoides e óvulos, previamente captados, para a tuba uterina, facilitando a fertilização natural.

Na fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide ocorre “a injeção de um espermatozoide diretamente no citoplasma de um ovócito maduro por meio de um aparelho especialmente desenvolvido, que contém microagulhas para injeção”. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.535).

Outra técnica de reprodução assistida existente, porém pouco utilizada, é a cessão temporária de útero, mais conhecida como “barriga de aluguel” ou “maternidade de substituição”. Nesta técnica, uma mulher cede o seu útero para gestar um filho concebido com material genético de outrem, a quem a criança deverá ser entregue logo após o nascimento. Os donos do material genético utilizado serão os pais da criança, e a mulher que deu à luz é apenas a gestatriz, não sendo considerada mãe biológica da criança. “Essa prática [...] representa um último recurso na cura da infertilidade de casais cuja mulher apresenta qualquer anomalia uterina que lhe impeça a gestação normal”. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.544).

3.3 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Embriões excedentários são aqueles que foram fecundados *in vitro* (fora do corpo da mulher), mas não foram utilizados, permanecendo criopreservados.

Existe uma grande discussão sobre o destino que deve ser dado a estes embriões, tendo em vista o silêncio do Código Civil, em mais este ponto.

A Lei da Biossegurança, em seu artigo 5º²⁹, autoriza que os embriões que estejam congelados há 03 anos ou mais, sejam utilizados para pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias. Todavia, há a necessidade de consentimento dos genitores.

A Resolução nº 2.121/2015, do Conselho Federal de Medicina, na seção que trata da criopreservação de gametas ou embriões, em seu item 4, determina que “Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança”.

A referida Resolução também disciplina que:

No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, **e quando desejam doá-los**. (Grifo nosso).

Assim, é possível perceber a existência de três destinos possíveis aos embriões excedentários: estes podem ser descartados, podem ser utilizados para pesquisa ou podem ser doados.

3.4 RECONHECIMENTO JUDICIAL DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O nosso Código Civil, ao tratar da presunção de paternidade, no artigo 1.597³⁰, faz referência às técnicas de reprodução humana assistida. Todavia, tais

²⁹ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

³⁰ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

técnicas não são citadas em nenhum outro momento, nem mesmo no âmbito do direito sucessório, onde deveriam ser estabelecidos os limites e efeitos de tais procedimentos.

Há que se destacar, também, que o legislador não acompanhou os avanços científicos, tendo em vista que apenas citou, de forma genérica, a técnica de inseminação artificial (homóloga e heteróloga), sem se atentar aos demais meios de reprodução assistida. Nesse sentido:

De acordo com o Enunciado n. 257 da III Jornada de Direito Civil de 2004, “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’, ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 157 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, **não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição**”. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.557 – grifo nosso).

Desta forma, ainda que o Código Civil tenha reconhecido as técnicas de reprodução humana assistida, verifica-se que houve uma omissão do referido diploma legal, que deixou de fazer importantes regulamentações sobre este assunto, como por exemplo as questões de legitimidade sucessória.

3.5 DIREITO À HERANÇA NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Inseminação artificial homóloga, como analisado anteriormente, é uma técnica de reprodução humana assistida que utiliza o material genético do próprio casal, e é *post mortem* quando é realizada após a morte do dono do material genético a ser utilizado.

Pois bem. Ao disciplinar a legitimidade sucessória, no artigo 1.798, do Código Civil, o legislador entendeu como legítimas, para receber a herança, apenas as

-
- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 - II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 - III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 - IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 - V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

peças nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (morte do autor da herança). Desta forma, excluiu da sucessão legítima os filhos nascidos por meio da técnica de reprodução assistida póstuma, visto que tais filhos ainda não haviam sido concebidos quando da abertura da sucessão.

Assim, houve total incongruência e omissão do referido diploma legal, tendo em vista que o Código reconhece a técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* quando trata da presunção de paternidade, mas exclui deste filho o direito à herança do falecido pai, uma vez que não o legitima como sucessor.

Sobre este tema:

O Código Civil gera a presunção de paternidade dos filhos concebidos por inseminação artificial. Estabelece relação paterno-filial de quem nasceu da manipulação laboratorial de material genético. Quando a fecundação faz uso do sêmen do genitor, chama-se de **homóloga**, e o vínculo de filiação se estabelece mesmo depois de seu falecimento (CC 1.597 III).[...]. Mesmo que tenha o autor da herança autorizado por escrito a fecundação depois de sua morte, questiona-se se o filho dispõe de direito sucessório, uma vez que não existia quando da abertura da sucessão. (DIAS, 2013, p. 124 – grifo do autor).

É inadmissível que se admita o estabelecimento do vínculo de filiação, mesmo após a morte, mas se negue o direito à herança.

Disciplina o artigo 1.597, do Código Civil, ao tratar da presunção de paternidade:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
[...]

No caso do inciso II, poder-se-ia entender que a presunção de paternidade ocorre apenas nos casos de nascimento até 300 dias após a morte do genitor, ou seja, se o embrião não fosse implantado a tempo de nascer dentro deste prazo, não haveria vínculo de filiação e o filho estaria excluído da sucessão legítima.

Todavia, os incisos III e IV aparecem para acabar com este entendimento, de forma que estipulam a presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial

homóloga, independentemente de prazo para o nascimento do filho, que pode ocorrer, inclusive, anos após a morte do marido.

Ademais, é de se destacar que os filhos são presumidamente **concebidos** na constância do casamento, ou seja, ainda que o marido seja falecido, presume-se que o filho foi concebido quando este ainda era vivo. Assim sendo, o filho nascido por reprodução assistida homologa póstuma entra na categoria de herdeiro legítimo, pois já estava (presumidamente) concebido no momento da abertura da sucessão.

Isto posto, sendo determinada a presunção de paternidade a qualquer tempo, deve ser assegurado, da mesma forma, o direito à herança. Todavia, nosso Código ainda é silente em relação a este direito.

É importante ressaltar que o Código Civil, ao garantir direitos ao nascituro, em seu artigo 2º, não faz distinção alguma entre a concepção natural e a artificial. Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º³¹, assegura a igualdade absoluta de tratamento aos filhos. Desta forma, o filho que nasceu quando o pai ainda era vivo não pode ter mais direitos que o filho nascido por meio das técnicas de reprodução *post mortem*.

Conforme citado anteriormente, nosso Código traz como herdeiros legítimos apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Assim, a pessoa ainda não concebida só pode ser herdeira caso seja contemplada por meio de testamento (artigo 1.799, do Código Civil). Desta forma, tais regras acabam por infringir o princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação, uma vez que dá tratamento diferente aos filhos concebidos *post mortem*.

Nesse sentido:

No que tange ao **direito à sucessão** do filho gerado *post mortem*, podemos elencar duas situações conflitantes: ou esse filho já nasceria destituído do direito à herança do pai, visto que, segundo o art. 1.798, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. A transmissão da herança, por força do princípio da *saisine*, ocorre no momento da morte do autor da herança. Entretanto, no art. 1.799, I, do CC, há previsão de o herdeiro eventual – prole eventual – ser beneficiado por testamento, vindo a ser essa a maneira juridicamente mais compatível com a transmissão hereditária de bens, desde que a criança, nasça nos dois anos subsequentes à abertura da sucessão, como dispõe a regra do art. 1.800, § 4º, do CC.

Em face dos princípios constitucionais que regem a igualdade dos filhos, e do direito ao planejamento familiar, entendemos que fere a Carta Magna impor ao filho gerado pela reprodução artificial *post mortem* o direito único à

³¹ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

sucessão testamentária. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.539 – grifos do autor).

Tal incongruência deve ser reformada, a fim de dar interpretação constitucional ao dispositivo previsto no artigo 1.798, do Código Civil, garantindo tratamento igualitário aos filhos, colocando o filho nascido por inseminação artificial póstuma na categoria de herdeiros legítimos/necessários, assim como os demais.

Outrossim, é importante ressaltar que, na resolução editada pelo Conselho Federal de Medicina, comentada anteriormente, foi determinada a obrigatoriedade de expressa manifestação de vontade do cônjuge ou companheiro em relação ao destino que será dado aos embriões congelados, no caso de falecimento. Também ficou determinado que deve haver prévia autorização do falecido para a utilização de seu material genético em uma inseminação artificial *post mortem*. Desta forma, tendo o falecido manifestado em vida o seu desejo de ter um filho, tal escolha deve ser respeitada quando da sua morte, e seu filho deverá ter assegurado o direito à herança, independentemente da data em que ocorra a concepção ou o nascimento.

Nesse sentido:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao **planejamento familiar** que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na **concepção homóloga**, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (DIAS, 2013, p. 126 – grifo do autor).

Os filhos concebidos por meio das técnicas de reprodução assistida *post mortem* se encontram em uma posição de incerteza, de dúvida em relação aos seus direitos sucessórios. No entanto, é importante ressaltar que estes filhos devem ser protegidos, levando em conta os princípios do melhor interesse e da proteção integral das crianças e dos adolescentes. Se os direitos sucessórios não forem garantidos, independentemente da existência ou não de testamento, haverá uma violação a direitos fundamentais (como o direito à herança) e a vários princípios

constitucionais, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos e do planejamento familiar.

Pois bem. Levando em conta que o direito à herança nos casos de inseminação artificial póstuma ainda não é regulamentado pelo nosso Direito, este tema gera muitas controvérsias no âmbito jurídico, pois as doutrinas que tratam deste assunto sustentam posicionamentos muito distintos, defendendo pontos de vista divergentes e levantando diversas questões acerca deste tema. Assim sendo, se mostra oportuno trazer alguns posicionamentos sobre esta matéria.

Estevão Gutierrez Brandão Pontes (2011, p.145) levanta um questionamento acerca do direito à herança, se este seria do nascituro ou do embrião. Neste caso, posiciona-se o autor da seguinte maneira: “Entendemos que o nascituro, ser que pensa e sente, tem direito a herança, mas não o embrião que está em laboratório [...]. O embrião é célula apenas, que está dentro de um laboratório para ser preservado”.

Posicionamento diverso defende Silmara Chinelato, citada por Dias:

Para Silmara Chinelato, entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade. Sustenta que **o conceito de nascituro abrange o embrião pré-implantatório, isto é, o já concebido e que apenas aguarda, *in vitro*, a implantação no ventre materno.** E conclui: **dispõe, portanto, de capacidade [sic] sucessória (CC 1.798), pois a norma não distingue o locus da concepção nem impõe que seja implantado. Exige somente a concepção.** (DIAS, 2013, p. 125 – grifo nosso).

Desta forma, pode-se perceber pontos de vista totalmente antagônicos sobre a questão dos embriões. O primeiro autor entende que estes não possuem direito à herança, pois são apenas células preservadas. Já a segunda autora entende que os embriões possuem sim direito à herança, visto que entram no conceito de nascituro.

Ainda que o entendimento majoritário da doutrina seja no sentido de afastar o vínculo sucessório quando a implantação do embrião no útero materno ocorre após a abertura da sucessão, tendo em vista o princípio da *saisine* (para que ocorra a transferência da herança é necessária a existência de herdeiro, nascido ou pelo menos já concebido), existem doutrinadores que possuem entendimento diverso:

Eduardo de Oliveira Leite faz uma distinção: **reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido a concepção *in vitro*, quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente.** No mesmo sentido Silmara Chinelato, que distingue a

existência de embrião por ocasião da morte do pai ou apenas de sêmen destinado à fertilização homóloga. **No primeiro caso, reconhece a capacidade [sic] sucessória aplicando-se as mesmas regras relativas ao nascituro. Se existir apenas gameta masculino não utilizado na fertilização, admite somente a sucessão testamentária como prole eventual.** (DIAS, 2013, p. 125 – grifo nosso).

Assim, defendem os autores a desnecessidade de implantação do embrião no útero materno para que exista o vínculo sucessório. Ou seja, consideram como nascituro, desde o embrião criopreservado. Nestes casos, havendo o falecimento do genitor, tais embriões possuem direito sucessório, e receberão a herança caso nasçam com vida.

Outro questionamento que se levanta diz respeito ao direito do filho de conhecer sua origem biológica. Argumentam que, quando a viúva realiza a inseminação artificial *post mortem* com o material genético criopreservado de seu falecido marido, fará com que seu filho já nasça órfão de pai. Afirmam que a criança terá que conviver com isso por uma decisão exclusiva de sua mãe, e que essa criança não terá a referência paterna em sua vida, o que causará prejuízos em sua formação.

Nesse sentido:

Outro desdobramento polêmico em matéria de bioética na fecundação artificial *post mortem* dá-se em relação aos seus efeitos quanto à geração do filho, que de antemão não conhecerá um dos seus genitores, fazendo, assim, chocarem-se dois direitos personalíssimos, o direito à procriação e o direito à biparentalidade biológica. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.539).

Ainda:

Impõe-se aqui um importante questionamento bioético: seria lícita a concepção de um filho já sem pai, impondo-se-lhe a participação coercitiva na família monoparental? O direito reprodutivo da mãe sobrepõe-se ao direito à biparentalidade do filho? Difícil chegar a um consenso nessa resposta. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.541).

Todavia, tal argumento não possui fundamento algum, tendo em vista que a decisão de se submeter a uma técnica de reprodução *post mortem* não é exclusiva da mulher, mas faz parte de um planejamento parental realizado em vida, visto que, para que tal técnica possa ser realizada, é imprescindível que o marido/companheiro, quando vivo, tenha autorizado expressamente a utilização de seu material genético após a sua morte. Ademais, existem inúmeras crianças que

crecem sem a presença do pai, pelos mais diversos motivos, e tal fato não é capaz de prejudicar a formação dessas crianças, uma vez que, ainda que ausente o pai, elas possuem contato com os avós, tios, primos, e outros parentes que suprem a ausência da figura masculina em suas criações. Além disso, deve-se levar em conta que os princípios da paternidade responsável e do melhor interesse das crianças e dos adolescentes não serão violados, pois a mãe tem plena possibilidade de, sozinha, garantir ao filho tudo o que for necessário para o seu desenvolvimento sadio.

Corroborando com este entendimento:

Para Silmara Chinellato, “não há discordância quanto ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida, identificando-se a receptora do sêmen”. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.540).

Também há um questionamento sobre a necessidade de a mulher estar na condição de viúva para que ela possa realizar a inseminação homóloga *post mortem*. A dúvida diz respeito à presunção de paternidade do falecido pai, se esta subsistiria caso a mulher já estivesse casada com outra pessoa. Neste caso:

Na Primeira Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília em setembro de 2002, pelo Conselho da Justiça federal, foi aprovado o Enunciado n. 106, que tratou da interpretação do inciso III do citado art. 1.597 [presunção de paternidade no caso de inseminação artificial homóloga *post mortem*], concluindo que, no que tange ao estabelecimento da presunção de paternidade, “deve a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, estar ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte”. (MALUF, A; MALUF, C, 2013, p.542).

Assim, ante a tantos posicionamentos divergentes, é evidente a necessidade, urgente, de regulamentação da reprodução assistida *post mortem* pelo Código Civil, a fim de reger as regras de direito sucessório para os filhos nascidos por meio desta técnica.

3.6 SEGURANÇA JURÍDICA DOS DEMAIS HERDEIROS

Um dos pontos que se questiona em relação ao direito à herança nos casos de inseminação póstuma é sobre a segurança jurídica dos demais herdeiros, tendo em vista que, por meio das técnicas de inseminação artificial e criopreservação de embriões, a fecundação pode ocorrer muitos anos após o falecimento do pai, que havia manifestado em vida o desejo de ter filhos.

Assim, o problema ocorre quando o nascimento se dá após o término do inventário e da partilha, visto que tal fato compromete toda a destinação patrimonial e afeta o direito dos demais herdeiros, que já contavam com determinada parcela da herança.

Verifica-se, nestes casos, a existência de uma colisão entre direitos fundamentais, consubstanciada no direito à sucessão do inseminado *post mortem* e no direito à segurança jurídica dos demais herdeiros.

Desta forma, diante da ausência de estipulação de prazo para a concepção do filho advindo de reprodução assistida *post mortem*, verifica-se, mais uma vez, uma infinidade de posicionamentos diferentes a respeito deste tema. Passemos a eles.

Ainda que favoráveis ao direito sucessório de tais filhos, uma parcela da doutrina defende a necessidade de fixação de prazo para se evitar uma insegurança jurídica. Entendem que “Se os efeitos sucessórios garantidos à prole eventual, resultante de embriões excedentários vierem a se operar a qualquer tempo, prejudicados estarão os interesses dos demais herdeiros existentes” (PESSOA, 2014).

Alguns posicionamentos são no sentido de se estabelecer um prazo de 03 anos para que ocorra a implantação do embrião no útero materno, contados da data do congelamento, levando em conta a Lei de Biossegurança, que dispõe em seu artigo 5º, inciso II, a permissão da utilização de embriões congelados, há 03 anos ou mais, para fins de pesquisa ou terapia.

Baseiam este entendimento na ideia de que os pais tiveram três longos anos para pensar se queriam ter filhos ou não, de forma que estes embriões devem ter outro destino, para não ficarem congelados *ad aeternum*.

Outros autores entendem que o prazo para que ocorra a concepção deve ser de dois anos, a partir da abertura da sucessão, usando como fundamento, de forma

analógica, o artigo 1.800, § 4º, do Código Civil³², que trata da sucessão testamentária.

Também existem entendimentos no sentido de que o próprio autor da herança deve definir um prazo para o nascimento da eventual filiação, por meio de um documento autêntico onde possa manifestar a sua vontade.

Por outro lado, há quem entenda que a estipulação de prazo na concepção póstuma não possui nenhum motivo para existir, e nenhuma justificativa plausível. Tal posicionamento leva em conta a ausência de prazo para se intentar uma ação de investigação de paternidade, o que pode ocorrer a qualquer tempo, afetando, da mesma forma, a herança dos demais herdeiros. Ademais, alegam que o direito de pleitear herança prescreve no prazo de 10 anos, de acordo com o artigo 205, do Código Civil³³. Também argumentam que a estipulação de prazo para o nascimento é inconstitucional, visto que dá tratamento diferente, discriminatório ao filho havido por inseminação homóloga póstuma realizada após este prazo. Ainda, alegam que o direito dos demais herdeiros não deve prevalecer sobre o direito do filho nascido por meio desta técnica.

Assim, mais uma vez, verifica-se a incerteza decorrente das lacunas da lei, que deixou de fazer importantes estipulações a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.

³² 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.

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

³³ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi realizado no intuito de demonstrar que os filhos nascidos por meio da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem* possuem o direito de receber a herança deixada pelo falecido pai.

Trata-se de um tema que ainda é muito controverso no âmbito jurídico, tendo em vista a ausência de regulamentação específica sobre ele, o que gera uma infinidade de opiniões e pontos de vista diferentes. Todavia, trata-se de uma realidade que precisa ser tutelada, pois o número de mulheres que se submetem a esta técnica de reprodução assistida cresce a cada dia, e é necessário que haja uma regulamentação sobre os direitos das crianças nascidas por reprodução póstuma, tanto em relação aos direitos sucessórios como em relação aos direitos de personalidade.

Um dos princípios norteadores do direito das famílias é o princípio do planejamento familiar, segundo o qual os pais têm autonomia para decidir, dentre outras questões, sobre o número de filhos que pretendem ter, bem como a forma de organização da família.

Em alguns casos, em função de problemas de infertilidade ou esterilidade, os pais precisam se submeter às técnicas de reprodução humana assistida para que possam concretizar o planejamento familiar. Quando o pai vem a óbito antes que este planejamento possa ser concretizado, é necessário que o procedimento de reprodução assistida seja realizado *post mortem*. Para que isso ocorra, conforme mencionado no presente trabalho, é obrigatório que o pai tenha deixado em vida uma autorização por escrito, permitindo a utilização de seu material genético criopreservado para além de sua morte.

Assim sendo, tendo autorização expressa do pai, a mulher se submete à inseminação artificial homóloga *post mortem*. Nascendo o filho ou filha, há presunção de paternidade por parte do dono do material genético. Desta forma, sendo este considerado pai, é inadmissível e incoerente negar o direito à herança para o filho que nasceu por meio desta técnica. Nesse sentido:

“Vedar reconhecimento e direito sucessório a quem foi concebido mediante fecundação artificial depois da morte pune, em última análise, o afeto, a intenção de

ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho” (DIAS, 2013, p. 126).

Deve-se levar em conta que os pais fizeram um planejamento em vida, inclusive contando com autorização expressa para utilização do material genético. Ou seja, o falecido pai deixou por escrito o desejo de possuir um filho com a mulher amada, com todas as implicações e consequências que isso pudesse gerar. A morte não tem o poder de revogar o seu direito, nem o seu sonho de constituir família.

Os estudos realizados nesta pesquisa demonstram uma incongruência na lei, que presume a paternidade nos casos de reprodução assistida póstuma, mas não garante a este filho o direito à herança.

De acordo com o Código Civil, os filhos que ainda não foram concebidos quando da abertura da sucessão, chamados de prole eventual, só poderão herdar se forem instituídos por testamento, e desde que nasçam em até dois anos após a abertura da sucessão.

Trata-se de uma inconstitucionalidade da lei, que está dando tratamento distinto para os filhos nascidos após a morte do pai, o que é vedado pela Constituição Federal.

Alguns doutrinadores entendem que os filhos nascidos por reprodução assistida póstuma devem herdar na categoria de herdeiros necessários, assim como os demais filhos do falecido pai. Todavia, em função dos avanços científicos, que permitem que um embrião permaneça congelado por muitos e muitos anos, questiona-se se este direito à sucessão legítima não afetaria o direito sucessório dos demais herdeiros, nos casos em que o nascimento ocorresse muitos anos após a morte do pai, quando o inventário e a partilha já tivessem sido concluídos.

Desta forma, alguns autores entendem que deve ser estipulado um prazo para o nascimento da prole eventual, a fim de garantir a segurança jurídica dos demais herdeiros. Por outro lado, existe quem entenda que a estipulação de prazo para o nascimento é inconstitucional, que o direito dos demais herdeiros não podem prevalecer sobre o direito do filho nascido *post mortem* e que o prazo para pleitear a herança é de 10 anos, o que torna desproporcional a estipulação de prazo para o nascimento da prole eventual.

É possível observar, assim, a insuficiência do Código Civil para regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, visto que as lacunas da lei fazem com

que surjam as mais diversas dúvidas em relação a este assunto, tanto em relação ao direito sucessório, como em relação aos direitos de personalidade.

Outra questão que se levanta é no sentido de que a reprodução assistida *post mortem* é prejudicial ao filho, visto que este já nascerá órfão de pai. No entanto, tal questão é totalmente desarrazoada, levando em conta que existe um incontável número de crianças que não possuem pai, pelos mais diversos motivos, e tal fato não é apto a prejudicar o desenvolvimento destas crianças, que podem suprir a falta de referência paterna com a presença de outras figuras masculinas, como por exemplo os avós, tios e primos.

Verifica-se, assim, a extrema urgência da necessidade de se regulamentar a reprodução humana assistida, a fim de definir as suas consequências em relação ao direito sucessório. Existem muitas crianças nascendo, a cada dia, por meio da reprodução assistida *post mortem*, e é inadmissível que estas crianças nasçam sem ter assegurado os seus direitos à herança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 09 abr. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Diário Oficial, Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Diário Oficial, Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15>. Acesso em: 24 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Diário Oficial, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 28 jul. 2015.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Diário Oficial, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 24 set. 2015.

BRASILEIRO, Flávia Ayres de Moraes e Silva. Direitos sucessórios dos inseminados “post mortem” versus direito à igualdade e à segurança jurídica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, nº 1982, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12042/direitos-sucessorios-dos-inseminados-post-mortem-versus-direito-a-igualdade-e-a-seguranca-juridica#ixzz3mUYqOgME>>. Acesso em: 23 set. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa**: nova edição. FERREIRA, Marina Baird. et al. (Coord). 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMESC**, v. 19, nº 25, 2012. Disponível em: <www.revista.esmesc.org.br/re/article/download/48/49>. Acesso em: 24 set. 2015.

MOTA, Manuela. **Inseminação artificial homóloga *post mortem***: sua implicação no âmbito do direito sucessório. 2011. vi,74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015.

Namba, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Bianca Marques. et. al. Inseminação artificial “post mortem” X princípio da segurança jurídica: a (im) possibilidade da sucessão testamentária da prole eventual. **Web Artigos**, Itumbiara, 2012. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/inseminacao-artificial-post-mortem-x-principio-da-seguranca-juridica/99648/#ixzz3mUhqpqVK>>. Acesso em: 11 set. 2015.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. De quem é o embrião? **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/183852664/de-quem-e-o-embriao>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

PESSOA, Thays Tanajura. A filiação por inseminação artificial homóloga “post mortem” e a (im) possibilidade de suceder. **JusBrasil**, Salvador, 2014. Disponível em: <<http://thaystanajurapessoa.jusbrasil.com.br/artigos/114957280/a-filiacao-por-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-e-a-im-possibilidade-de-suceder>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

PONTES, Estevão Gutierrez Brandão. **Células-Tronco, Bebês de Proveta e Lei: ONDE HÁ VIDA: Uma Análise Legal, Jurisprudencial e Científica Parapsicológica**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2011.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XIII, nº 81, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 24 set. 2015.

ANEXO 1 – RESOLUÇÃO Nº 2.121/2015 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117)

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em de 16 de julho de 2015,

RESOLVE:

Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º Revogar a Resolução CFM nº 2.013/2013, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119 e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 2015.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

**NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

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

5 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.

6 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, 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 óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

8 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano para o(a) paciente de técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

1- Um diretor técnico – obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição – com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

2- Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

3- Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o(a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4- Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1- A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

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

3- A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais,

informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

5- As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação 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.

6- Na 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.

7- A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8- Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

9- É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1- As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos.

2- O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

3- No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4- Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1- As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

2- As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3- O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

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.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Federal de Medicina.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121/2015

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Manter a limitação da idade das candidatas à gestação de RA até 50 anos foi primordial, com o objetivo de preservar a saúde da mulher, que poderá ter uma série

de complicações no período gravídico, de acordo com a medicina baseada em evidências.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de julho de 2015.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13 –
Reprodução Assistida