



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

SABINA CANDEIA DE ALENCAR

A POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DOS FILHOS ADVINDOS
DA GERAÇÃO EMBRIONÁRIA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

SOUSA - PB
2010

SABINA CANDEIA DE ALENCAR

A POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DOS FILHOS ADVINDOS
DA GERAÇÃO EMBRIONÁRIA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2010

SABINA CANDEIA DE ALENCAR

A POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DOS FILHOS ADVINDOS DA
GERAÇÃO EMBRIONÁRIA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Admilson Leite de Almeida Júnior.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Dr. Admilson Leite de Almeida Júnior

Examinador interno

Examinador externo

Aos meus pais, com muito amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Ao Autor da vida – Jesus Cristo.

Aos meus pais, José Liberato e Vanilda, pela vida e pelo apoio incondicional.

Às minhas irmãs, Berenice e Isabella e a minha sobrinha Lara Sofia, por estarem sempre presentes em minha vida.

Aos demais familiares, por acreditarem em mim.

Ao meu namorado, Geadan, pelo carinho e amor.

Aos meus estimados amigos, pelo companheirismo e pelos momentos de alegria.

À amiga Joyce, pela admiração e encorajamento.

Aos meus mestres, pela prontidão, paciência e dedicação.

Ao meu orientador, Admilson Leite, pela atenção e interesse no meu trabalho.

À academia em geral, pela atenção, sensibilidade e o apoio.

À prefeitura municipal de Pombal, por facilitar o deslocamento de alunos às universidades.

Por fim, a todos aqueles que, de forma direta ou indireta acrescentam valores em minha vida.

Sobre tudo o que se deve guardar, guarda o teu coração, porque dele procedem as fontes da vida. (Provérbios 4:23).

RESUMO

A presente pesquisa trata do tema relacionado à sucessão legítima dos filhos gerados a partir de embriões implantados após a morte do genitor, resultantes de fertilização homóloga. O objetivo consiste em analisar a possibilidade de reconhecimento sucessório, na qualidade de herdeiros necessários, aos filhos concebidos a partir do embrião excedentário implantado após a morte do pai. Justifica-se o trabalho diante da inexistência de norma expressa que autorize a sucessão. A pesquisa adota o método dedutivo e como técnica a pesquisa bibliográfica qualitativa. A possibilidade de gerar filhos após a morte de um genitor tornou-se possível em virtude do procedimento de congelamento de embriões. Tal fato repercute diretamente no Direito Civil brasileiro, especialmente no conceito de filiação, de modo que o Código Civil reconhece a condição de filho aos gerados a qualquer tempo mediante concepção artificial homóloga. Todavia, no tocante ao direito sucessório, existe uma lacuna legal, o que faz gerar polêmica e debates relacionados à possibilidade de tais filhos herdarem através da sucessão legítima. Em que pese a discussão jurídica acerca do assunto, o reconhecimento sucessório é possível em razão de já serem seres concebidos. Além disso, o entendimento em contrário violaria o princípio constitucional da igualdade jurídica dos filhos. Por fim, constata-se a necessidade de uma intervenção legislativa para pacificar a questão.

Palavras-chave: Sucessão Legítima. Geração Embrionária *Post Mortem*. Reconhecimento Sucessório.

ABSTRACT

This research deals with the issue related to the legitimate succession of the children generated from embryos implanted after the death of the parent, resulting from homologous fertilization. The objective is to examine the possibility of recognition of succession, as heirs needed, to children conceived from surplus embryos implanted after the father's death. Justifies the search on the absence of express provision authorizing the succession. It adopts the deductive method and a technique search in doctrines qualitative. The possibility to bear children after the death of a parent became possible because the procedure for freezing embryos. This fact directly affects the Brazilian civil law, especially the concept of membership, so that the Civil Code recognizes the condition of the child at any time generated by homologous artificial conception. However, about to the inheritance law, there is a legal gap, which is generating controversy and debates related to the possibility of such children to inherit through the legitimate succession. Despite the juridical discussion about the subject, the recognition of succession is possible because it has already been beings conceived. Moreover, the understanding to the contrary would violate the constitutional principle of juridical equality of children. Finally, there is a need for legislative intervention to pacify the matter.

Keywords: Legitimate Succession. Generating Embryonic Post Mortem. Recognition Succession.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	11
2.1 Historicidade e conceito.....	11
2.2 Principais técnicas.....	17
2.3 O fundamento da reprodução assistida no direito brasileiro.....	18
2.4 As conseqüências da reprodução assistida no Direito Civil brasileiro: relações de parentesco.....	20
3 A GERAÇÃO EMBRIONÁRIA <i>POST MORTEM</i>	25
3.1 Precedentes históricos.....	25
3.2 Definição.....	26
3.3 Repercussões éticas e jurídicas.....	29
3.4 Experiências do direito comparado.....	31
4 A POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DOS FILHOS ADVINDOS DA GERAÇÃO EMBRIONÁRIA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	34
4.1 A sucessão no direito brasileiro.....	34
4.2 O embrião pré-implantatório como sujeito de direitos sucessórios.....	39
4.3 A efetividade do princípio constitucional da igualdade de filiação.....	43
4.4 Considerações para o estabelecimento dos efeitos sucessórios à filiação advinda por embriões gerados <i>post mortem</i>	47
5 CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	54
ANEXO A - RESOLUÇÃO CFM n. 1.358/92	58

1 INTRODUÇÃO

Os avanços científicos, especialmente no campo da biotecnologia, têm possibilitado o desenvolvimento de técnicas de reprodução assistida como alternativa de combate à infertilidade para aqueles que, embora desejosos, não conseguem lograr êxito na reprodução convencional. Tais conquistas trouxeram à baila uma questão polêmica e inovadora, que diz respeito à técnica de gerar filhos em momento posterior ao falecimento do genitor, mediante procedimento denominado criopreservação.

É cediço que, apesar da ausência de legislação infraconstitucional específica permissiva, as técnicas de reprodução humana assistida são autorizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por força do princípio da legalidade, que estatui que aquilo que não é proibido é permitido.

Ademais, o Código Civil brasileiro reconhece sua legitimidade no artigo 1.597, ao estatuir presunção de filiação matrimonial aos filhos concebidos a partir de técnicas de procriação assistida.

A referida presunção é estendida, inclusive, aos filhos gerados após a morte de um progenitor, resultantes de inseminação homóloga ou da transferência do embrião criopreservado. Nesse último caso, tem-se a geração embrionária *post mortem*, técnica na qual o embrião é transferido para o útero materno em momento posterior ao falecimento de um genitor.

A geração embrionária *post mortem* gera controvérsias em grande parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. No Brasil, a matéria também não se encontra desprovida de questionamentos, provocando na doutrina um embate de posicionamentos. Os debates jurídicos levam em conta, principalmente, os aspectos éticos e as repercussões jurídicas envolvidos.

Nesse último aspecto, a discussão emerge, principalmente, diante do direito sucessório. Desse modo, devido à lacuna legal existente, controverte-se acerca da capacidade sucessória dos filhos advindos da geração embrionária *post mortem*, mormente em virtude do art.1.597 do Código Civil brasileiro, que reconhece a condição de filho ao seres assim gerados.

Os questionamentos advêm da alegação de que o embrião criopreservado não é ser concebido, desse modo, não se adequa a regra do artigo 1.798 do Código Civil, que atribui legitimidade sucessória apenas para as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, assevera-se que o embrião é ser concebido, sendo o reconhecimento sucessório pela sucessão legítima plenamente possível. Além disso, alega-se que o entendimento em contrário poderia violar o princípio constitucional da igualdade jurídica dos filhos, que preconiza a não distinção dos filhos por razão de sua origem e a plena igualdade sucessória entre eles.

Diante disso, o objetivo desta pesquisa consiste em analisar a possibilidade de reconhecimento sucessório, na qualidade de herdeiros necessários, aos filhos concebidos a partir do embrião excedentário implantado após a morte do pai.

Justifica-se a pesquisa diante da incerteza jurídica resultante da inexistência de norma expressa no Código Civil que reconheça o direito sucessório, fato que ocasiona polêmica e discussão por parte da doutrina.

Por seu turno, no sentido viabilizar um suporte teórico que proporcione uma visão geral da temática, adotou-se o método dedutivo, bem como se empregou como técnica de pesquisa a bibliográfica qualitativa, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio não há, até o fechamento desta pesquisa, jurisprudência pátria relacionada à geração embrionária póstuma.

Assim, o capítulo primeiro apresentará os principais aspectos relacionados à procriação assistida, como sua definição, as principais técnicas, seu fundamento e as suas conseqüências no direito brasileiro, sobretudo nas relações de parentesco.

O capítulo segundo, por sua vez, tratará de descrever a técnica de geração do embrião após a morte de um progenitor. Para tanto, apresentam-se os precedentes históricos, a definição, as repercussões ético-jurídicas e o enfrentamento da questão no direito comparado.

Por último, o capítulo terceiro analisará a possibilidade de reconhecimento sucessório, na qualidade de herdeiros necessários, aos filhos concebidos postumamente a partir do embrião excedentário sob a ótica da função constitucional do direito sucessório brasileiro e do princípio constitucional igualdade jurídica de todos os filhos, bem como as considerações apontadas por alguns juristas brasileiros para o estabelecimento dos efeitos sucessórios.

A temática, por sua relevância, merece ser nacionalmente positivada. Assim, há de se esperar do legislador uma posição específica, de forma a regulamentar de maneira minuciosa e eficaz as regras e as conseqüências jurídicas decorrentes da geração embrionária *post mortem*, tendo como norte, sobretudo, os princípios constitucionais.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

É sabença comum que a constituição de uma família sempre foi uma preocupação humana. Nas concepções clássicas, a formação do vínculo matrimonial visava à formação da prole, fato que era destacado como algo valoroso. Nesse contexto, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 18) explica que a mulher estéril era vista com um ser maldito, e, por esse motivo, poderia ser banida do convívio social.

É cediço também que a sociedade evoluiu, e, por conseguinte, novas tendências sócio-culturais passaram a ser contempladas, ganhando força e reconhecimento por grande parte das pessoas, como, por exemplo, a inserção cada vez mais veemente da mulher no mercado de trabalho, fato que acaba contribuindo, não rara das vezes, para o adiamento de um projeto familiar.

Apesar dos avanços ocorridos na sociedade é fato que o desejo de gerar descendentes nunca envelheceu. Todavia, a faculdade de gerar filhos não é estendida a todas as pessoas que se submetem ao processo natural de reprodução, fato que provoca, quase sempre, frustração na pessoa expectante.

É nesse cenário que se revela de importância a reprodução humana assistida, conjunto de técnicas responsáveis por tentar viabilizar a gravidez em pessoas com problemas de fecundidade.

2.1 Historicidade e conceito

Da análise histórica da reprodução assistida, depreende-se que são vetustas as tentativas de aferir gestação por meios artificiais, em razão de problemas que afetam a fertilidade de um ser.

Em primeiro momento, consoante lição do biólogo José Luís Soares (1999, p. 316), as tentativas de procriação artificial ocorreram em animais, quando o italiano Lazzaro Spallanzani realizou as primeiras inseminações artificiais em pequenos animais e em um cachorro.

De acordo com Ivelise Fonseca da Cruz (2008, p. 6), a primeira experiência de inseminação artificial da história humana ocorreu no século XVIII, através do cientista inglês John Hunter. Hunter foi o primeiro cientista a lograr êxito com a fecundação por inseminação assistida em seres humanos.

A citada autora (2008, p. 7) também registra que a primeira obra endereçada ao público sobre a temática foi publicada em 1869 por Jules Gautter, onde perfilhou que a inseminação artificial poderia excluir o prazer sexual, bem como que a esterilidade masculina indicava a precisão por inseminação artificial.

Entre os anos de 1878 e 1958, conforme Cruz (2008, p. 8), foram realizadas outras experiências com óvulos de mamíferos, mas, foi apenas em 1953 que aconteceu o congelamento de embriões. Nessa época, Whittingham e Wilmot e diversos laboratórios ganham destaque em virtude das grandes descobertas, contribuindo, assim, com o avanço da reprodução artificial, existindo, em 1934, cento e vinte e três experiências práticas.

Relatando acerca dos casos históricos de controle de reprodução, Soares (1999, p. 316-317) registra que os primeiros êxitos na fertilização fora do útero se deram em 1956. Em 1961, pesquisadores italianos mantiveram numa proveta, por vinte e nove dias um embrião fecundado artificialmente. E em 1978, nasceu o primeiro bebê de proveta, na Inglaterra.

Nesta ordem de idéias, Fátima Oliveira (1997, p. 36-37) registra outras datas significativas, a saber: 1982, nasce Amandine, a primeira criança de proveta francesa; 1983, nasce a primeira criança originária de um óvulo doado, fertilizado pelo marido; 1984, nasce Zoe, a primeira criança originada de um embrião congelado, na Austrália; 1989, caso Davis X Davis, primeira discussão judicial pelo direito aos embriões congelados e 1992, caso da viúva de Toulouse (França), primeira discussão judicial pelo direito de implantar embriões após a morte do marido.

Conforme lição de Álvaro Villaça Azevedo (1996, p. 44), a reprodução humana assistida é a fecundação realizada com artificialidade médica, consentida pelo marido, mediante inseminação de gametas, com possibilidade de sucesso e sem riscos para saúde da paciente e do futuro filho. No mesmo sentido, Olga Jubert Gouveia Krell (2006, p. 43) define:

A reprodução assistida constitui um remédio terapêutico para combater o mal da infertilidade humana e, assim, realiza o postulado de se fazer o bem aos interesses humanos; elas podem ser utilizadas desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave a saúde para o paciente ou o possível descendente, consagrando-se o princípio da beneficência e não da maleficência.

Portanto, a reprodução humana assistida é um conjunto de técnicas médicas, realizadas em clínicas especializadas, cujo objetivo é intervir no processo reprodutivo para viabilizar a procriação em pessoas com problemas de fecundidade.

Em sede doutrinária, Maria Berenice Dias (2005, p. 336) elucida que a expressão procriação artificial abarca todas as técnicas que permitem gerar vida independente do ato sexual, mediante procedimento artificial. Tal procedimento de reprodução medicamente assistida é utilizado em substituição à concepção natural, desde que haja dificuldade ou impossibilidade de um cônjuge ou companheiro ou até mesmo o casal de gerar.

Nesse diapasão, Cruz (2008, p. 9) ensina que, “a procriação artificial surge para reparar a impossibilidade de um casal estéril de efetivar seu desejo de ter filhos, augurando a intenção de perpetuar sua descendência.”

Ressalte-se que a Organização Mundial de Saúde (2008, p. 73) considera a infertilidade um problema associado à saúde, atribuível tanto aos homens quanto a mulheres. De acordo com Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2004, p. 229), um casal é considerado infértil quando não obtém gestação pelo período de máximo de dois anos, apesar de manter relações sexuais regularmente e sem o emprego de qualquer método de anticoncepção.

Cláudia Maria Lima Scheidweiler (2007, p. 23) registra que, de acordo com OMS, 10 a 15% dos casais são afetados pela infertilidade. Segundo Juliane Fernandes Queiroz (2001, p. 67), a estimativa é que em 40% dos casos, a causa da infertilidade esteja associada à mulher, em 40% associada ao homem, e, em 20%, resulta de problemas do casal ou tem causa desconhecida. A Organização Mundial de Saúde (2003, p. 2) assevera também que as taxas de infertilidade variam consideravelmente de país para país e, nas áreas mais afetadas, mais de 25% casais podem ser incapazes de ter filhos.

Cumprе ressaltar que, infertilidade não se confunde com esterilidade. Essa última se verifica, de acordo com Alvarenga (2004, p. 229), “quando os recursos terapêuticos disponíveis não proporcionam cura”, ou seja, a probabilidade de gerar filhos é praticamente nula.

Alvarenga (2004, p. 230) ainda esclarece que as causas mais freqüentes de infertilidade feminina são de origem endócrina, como insuficiência ou disfunção do hipotálamo, distúrbios tireoidianos, insuficiência ovariana, que podem atingir tanto órgãos do aparelho reprodutivo quanto glândulas de secreção interna. Registra ainda, dentre as doenças genitais, a obstrução das trompas, endometriose, mioma e pólipos.

No homem, a autora (2004, p. 231) assevera que as principais causas estão relacionadas a problemas nos testículos, no eixo hipotálamo-hipofisário e no transporte dos espermatozóides, além de outras causas.

De acordo com o item n.º 1, II, da Resolução n.º 1.358 do Conselho Federal de Medicina, documento responsável por estabelecer normas éticas para a reprodução assistida, as técnicas de procriação artificial podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

Ademais, dispõe que toda mulher capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação esteja dentro dos limites da Resolução CFM 1.358, pode ser receptora das referidas técnicas, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado (item II, 1) e se estiver casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou companheiro, após processo semelhante de consentimento informado (item II, 2).

No Brasil, a procriação assistida ganhou força a partir da década de 80, com o nascimento do primeiro bebê de proveta em 1984; atualmente, o número de pacientes que recorrem às técnicas de reprodução assistida em busca de atingir o *status* materno ou paterno só aumenta.

Saliente-se também que os procedimentos de reprodução assistida devem ser utilizados de maneira subsidiária, ou seja, apenas quando a forma primária e natural de fecundação não lograr êxito durante um razoável intervalo de tempo, segundo critérios de especialistas. Portanto, deve-se considerar o tratamento que melhor se adequa a situação, levando em conta, sempre que possível, a substituição do procedimento mais complexo pelo mais simples. É o que se extrai da leitura do item I, 1, da Resolução n. 1.358/92 do CFM, *in verbis*:

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

Preocupa-se com a conveniência e oportunidade da medida. Desse modo, necessário é existir um complexo estudo biológico no indivíduo e um diagnóstico preciso, determinando primeiramente sobre a necessidade ou não de uma intervenção humana no processo de fecundação, a existência de riscos para a saúde e o tratamento mais eficaz para combater os problemas de infertilidade humana.

2.2 Principais técnicas

Afim de se obter uma melhor visualização sobre a temática em comento, faz-se oportuno discorrer joeiramente acerca das principais técnicas utilizadas em prol da reprodução assistida, bem como suas características.

Ressalve-se que as técnicas variam de acordo com a complexidade do problema detectado no indivíduo expectante pela concepção. Dentre as técnicas que interferem efetivamente no processo de fecundação, merece destacar: inseminação artificial, fertilização *in vitro* e a chamada maternidade de substituição.

A inseminação artificial (do latim *in*, “para dentro”; *seminare*, “semear”), de acordo com Olmos (2002 apud RIBEIRO, 2004, p. 27), é uma técnica de reprodução assistida que consiste na introdução de espermatozoides, antecipadamente preparados em laboratórios, para dentro da cavidade do útero, após uma indução de ovulação destinada a aumentar a quantidade de gametas femininos.

Portanto, neste procedimento há a coleta, a seleção e a preparação dos espermatozoides para serem injetados (inseminados) na cavidade uterina, onde ocorrerá o encontro com o óvulo (fecundação).

É um procedimento realizado *in vivo*, ou seja, a inserção dos gametas masculinos, bem como a eventual fecundação ocorrem dentro do corpo da mulher. Nesse ponto, importante destacar que tal procedimento não se confunde com a fecundação propriamente dita, posto que a fertilização é um fenômeno que sucede a inseminação.

De acordo com a origem dos espermatozoides coletados, a inseminação artificial pode se desdobrar em dois tipos, qual sejam, homóloga ou auto-inseminação e heteróloga ou hetero-inseminação.

A primeira é vislumbrada quando o material genético envolvido na inseminação artificial for próprio do casal que submeteu ao respectivo procedimento artificial.

Oportuna, a propósito, a observação de Silvia da Cunha Fernandes (2005, p. 29), para a qual:

A inseminação homóloga é indicada para os casos de incompatibilidade ou hostilidade do muco cervical, oligosperma (baixo número ou reduzida mobilidade dos espermatozoides), retro ejaculação (retenção dos

espermatozoides na bexiga), hipofertilidade, perturbações das relações sexuais e esterilidade secundária após tratamento esterilizante.

Por outro lado, tem-se a inseminação heteróloga quando o espermatozóide ou óvulo utilizado for proveniente de um terceiro doador. De acordo com Élio Sgreccia (2002, p. 406), essa técnica justifica-se principalmente quando a infertilidade ocorre com o homem, máxime diante da aspermia, asternospermia ou oligospermia, ou também em virtude de prevenção de doenças sexualmente e geneticamente transmissíveis.

Além disso, pode ocorrer que a inseminação artificial seja realizada com o sêmen do marido ou companheiro já falecido. Tal é possível em virtude do processo denominado criopreservação, onde os gametas masculinos são congelados e preservados em laboratório para um emprego futuro.

Já a fertilização *in vitro*, consoante lição de Heloisa Helena Barbosa (1993, p. 33), é a “técnica mediante a qual se reúnem *in vitro* os gametas, masculino e feminino, em meio artificial adequado, propiciando a fecundação e formação do ovo, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantado em útero materno.”

Portanto, nesta técnica há a transferência das células femininas, que são retiradas do útero e colocadas em um meio de cultura apropriado, localizado em placa de vidro ou tubo de ensaio, para que sejam fundidas com o gameta masculino.

Difere-se da inseminação artificial, porquanto nesta, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher, sendo o embrião transferido para o útero feminino em momento posterior.

Vale lembrar que a primeira criança nascida mediante fertilização *in vitro* foi Louise Joy Brown, em 25 de Julho de 1978, na Inglaterra. Seu nascimento revolucionou a comunidade médica e estimulou a esperança de milhares de casais infecundos. No Brasil, o primeiro bebê de proveta - Ana Paula Bettencourt Caldeira - nasceu na cidade de São José dos Pinhais, estado do Paraná, sob direção do Dr. Milton Nakamura, em sete de outubro de 1984.

Na fertilização *in vitro*, assim como na inseminação artificial, a concepção pode ser homóloga ou heteróloga, conforme o material genético masculino utilizado seja do marido ou companheiro ou pelo menos um dos gametas seja de terceiro doador, respectivamente.

Também pode ocorrer que o embrião resultante da fertilização *in vitro* seja congelado para posterior utilização, inclusive após a morte de um dos doadores do material genético.

A gestação de substituição ou doação temporária de útero¹, comumente designada de “barriga de aluguel”, conforme lição de Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 66), consiste em apelar a uma terceira pessoa, para que a mesma assegure a gestação, quando o útero da primeira mulher não tiver condições de garantir o desenvolvimento normal do embrião.

Portanto, é um procedimento no qual uma mulher, inviabilizada de sustentar o embrião em seu ventre, solicita o empréstimo do útero de outra mulher para assegurar a gestação.

De acordo com a Resolução do CFM n.º 1.358/92, item VII, esta técnica pode ser utilizada “desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.”

Sobre o assunto, Cruz (2008, p. 35) elucida:

As indicações para essa possibilidade deverão ser eminentemente médicas: infertilidade ligada a ausência de útero, uma patologia uterina ligada a tratamento cirúrgico, por exemplo, o câncer, ou contra-indicações médicas para uma gravidez: insuficiência renal severa, diabetes crônica.

Por fim, e a guisa de informação, merece mencionar rapidamente outras técnicas de reprodução assistida possíveis de utilização, qual sejam, a transferência intratubária de gametas (GIFT), a interferência intratubária de zigotos (ZIFT) e a injeção intracitoplasmática de espermatozóides (ICSI).

2.3 O fundamento da reprodução humana assistida no direito brasileiro

No Brasil, as novas tecnologias conceptivas evoluíram e ganharam um alcance significativo. Esse desenvolvimento proporcionou o aumento do número de pessoas expectantes pelas técnicas de reprodução assistida, e, conseqüentemente, o crescimento do número de clínicas especializadas em reprodução humana em todo país.

Apesar dessa realidade, não há no ordenamento jurídico pátrio legislação pertinente a reprodução humana assistida, existindo, tão somente, resoluções do Conselho Federal de Medicinas responsáveis por estabelecer diretrizes éticas obrigatórias para o profissional da saúde.

¹ Nomenclatura designada pelo CFM.

Desse modo, tem-se a Resolução CFM nº 1.358 de 1992, cujo teor consiste em estabelecer normas éticas para a utilização das técnicas de procriação assistida. É considerado o único documento que efetivamente delinea parâmetros para a referida matéria.

Além disso, cumpre ressaltar que, o novo Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931 do CFM), aprovado em 24 de setembro de 2009, disciplina alguns critérios que devem ser observados pelos médicos quando da prática de reprodução assistida, além de estabelecer algumas vedações.

Em que pese esses documentos revestirem-se de relevância, não se pode olvidar que o conteúdo das referidas resoluções elucida apenas assuntos éticos, direcionadas apenas para classe médica, são sendo documentos hábeis a disciplinar os demais efeitos e conseqüências que podem decorrer das referidas práticas.

Saliente-se, também, que na tentativa de minimizar a insegurança levantada pela falta de regulamentação legal, alguns projetos de lei foram propostos pelo Congresso Nacional. Dentre eles, alguns restam arquivados, ou seja, não mais tramitam no Congresso Nacional e os outros, aguardam aprovação ou não pelas casas legislativas. Dentre os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional merece mencionar o PL n. 90/99, o PL n. 2.855/97 e o PL n. 3.638/93.

Não obstante a falta de regulamentação legal, pode-se afirmar que a matéria sob análise encontra permissivo no ordenamento jurídico pátrio, em virtude do princípio da legalidade que estatui que aquilo que não é proibido é permitido.

Relativamente ao fundamento do uso de modalidades de procriação assistida, Krell (2006, p. 106) constata que pode ser invocado o art. 226, § 7º da Constituição Federal, dispositivo que proclama o princípio do planejamento familiar.

Nessa esteira de pensamento, Dias (2005, p. 331) corrobora:

O acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade. A questão da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento neste preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. Assim, os distúrbios da função reprodutora constituem problema de saúde pública, devendo o Estado garantir o acesso a tratamento de esterilidade e de reprodução.

Portanto, de acordo com as autoras, o fundamento da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, repousa na regra do livre exercício do planejamento familiar, firmando na Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 7º, que dispõe:

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.

Ressalte-se que, no plano infraconstitucional, o art. 1565, § 2º do Código Civil reiterou a norma supracitada, dispondo que “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.”

Neste mesmo norte, o art. 2º da Lei n.º 9.263/96 – legislação responsável por regulamentar o planejamento familiar – textua que “o planejamento familiar é direito de todo cidadão, estendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

Das conceituações legais, depreende-se que o planejamento familiar consiste na autonomia conferida a um casal para instituir livremente um modelo familiar que lhe pareça mais oportuno, bem como os critérios que serão levados em conta na condução de sua família, e estabelecer-se conforme essa deliberação.

Acrescente-se, ainda, a lição de Cruz (2008, p. 17), que faz referência a liberdade de procriação como permissivo para as práticas de reprodução assistida. Aduz a autora que “o direito ao próprio corpo abarca implicitamente a reprodução assistida, considerando os anseios maternos da mulher.”

Nesse prisma, Sanchez (1994 apud KRELL, 2006, p. 103) doutrina:

O primeiro dos valores considerados como fundamento para a utilização dessas técnicas é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente; ao contrário, sua extensão é tão ampla, por definição, que seria possível reconhecer nela a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente o que incluiria a sua própria reprodução.

Ademais, o art. 9º da Lei n.º 9.263/96 dispõe, *in verbis*:

Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Dessume-se do dispositivo supracitado que, cabe ao Estado facilitar o acesso da população às clínicas de reprodução assistida e estimular pesquisas científicas que se destinam a aprimorar as técnicas de enfrentamento a infertilidade.

Da mesma forma, caso o casal deseje, por ora, não ter filhos, deve o Estado fornecer, dentro dos limites legais, subsídios reais a concretização desse direito, pois que é dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar (art. 5.º da lei 9.263/96), fornecendo, por exemplo, camisinhas gratuitas em postos de saúde.

Relaciona-se ainda à reprodução assistida, a dicção do art. 196 da Constituição Federal, que textua: “a saúde é 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.”

Sobre o dispositivo acima transcrito, Krell (2006, p. 110) leciona, nestes termos:

A “saúde sexual” de indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. Por isso, o direito fundamental pode ser estendido à proteção da saúde sexual do indivíduo no âmbito da procriação, ou seja, aos direitos reprodutivos.

Além disso, o uso de biotécnicas se compraz com norma do art. 218 da Constituição Federal, que dispõe que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

2.4 As conseqüências da reprodução assistida no direito civil brasileiro: relações de parentesco

A Lei Adjetiva Civil, no Livro IV, Subtítulo II, estatuiu normas que versam sobre as relações de parentesco (arts. 1.591 a 1.638).

A positivação das relações de parentesco é de suma importância no que concerne aos efeitos e conseqüências jurídicas que delas decorrem, posto que desse vínculo resultam deveres, direitos e restrições recíprocos entre os parentes. Assim, todas as noções nucleares acerca das

relações de parentesco têm por escopo assegurar aos seus destinatários a máxima proteção em relação ao reconhecimento de seus direitos.

Pode-se definir parentesco como o vínculo jurídico que liga determinadas pessoas, estabelecendo entre elas direitos e deveres recíprocos.

De acordo com Rubens Limongi França (1991, p. 329), “parentesco vem de parente. Parente, do latim *parens-tis*; participio presente do verbo *pario-ere*, que quer dizer parir, dar à luz, gerar.”

Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 272), a palavra parentesco, em sentido estrito, abrange tão-somente o consangüíneo, que é definido como o vínculo que une pessoas pertencentes ao mesmo tronco, ou que descendam uma das outras. Já em sentido amplo, inclui tanto o parentesco por afinidade, tanto o advindo da adoção ou de outra origem, como certas modalidades de procriação assistida.

Como se observa, o vínculo parental pode resultar de lei, de fator biológico, de afinidade, de adoção ou, ainda, de outra origem.

Cumprе consignar que, no que tange ao direito sucessório, os comandos legais referentes ao parentesco são de extrema importância, tendo em vista que será a partir de tais comandos que será apontada a classe de herdeiros apta a receber a herança, bem como a ordem do chamamento hereditário.

No contexto de parentesco, o conceito de filiação também ganha relevância, visto que, como bem observa Zeno Veloso (1997 apud GONÇALVES, 2007, p. 281), “as regras sobre parentesco consangüíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.”

Numa conceituação simplificada de filiação, pode-se afirmar que esta constitui o vínculo que liga uma pessoa aos seus ascendentes, em linha reta e em primeiro grau.

Edmilson Franceschinelli (1997, p. 13) ensina que filiação “é a relação de parentesco que se estabelece entre os pais e o filho, na linha reta, gerando o estado de filho, decorrente de vínculo consangüíneo ou civil, e criando inúmeras conseqüências jurídicas.”

Já no escólio de Maria Helena Diniz (2006, p. 436-437), esta conceitua:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consangüíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe derem a vida, podendo, ainda ser uma relação socioafetiva entre

pai adotivo e institucional e filho adotado advindo de inseminação artificial heteróloga.

Inicialmente, a filiação derivava apenas da procriação natural, ou seja, aquela advinda da relação sexual. Modernamente, a lei ampliou as formas de filiação, reconhecendo a condição de filhos aos adotados e aos concebidos mediante as técnicas de concepção assistida.

Não obstante existir igualdade jurídica entre os filhos concebidos na constância do casamento e os gerados fora dele, por força do princípio de igualdade jurídica dos filhos, que consiste em não discriminar ou distinguir alguém por razão de sua origem de filiação, a lei conferiu para os primeiros uma presunção de que seriam filhos biológicos de seu genitor. Essa presunção é chamada pela doutrina de presunção *pater is est*, forma abreviada do adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*.

Essa regra, que se ressalte, não se encontra desprovida de controvérsias, mormente em face da modernização do direito de família, é explicada pelo civilista Caio Mário (apud GONÇALVES, 2007, p. 283), nestes termos:

Não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a idéia de filiação num 'jogo de presunções', a seu turno, fundadas numa probabilidade: o casamento pressupõe as relações sexuais dos cônjuges e fidelidade da mulher; o filho que é concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. E em conseqüência, 'presume-se filho o concebido na constância do casamento'.

Assim sendo, o art. 1.597 do Código Civil de 2002 atribui presunção de paternidade para seguintes filhos: os nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (inciso I); os nascidos nos trezentos dias subseqüentes a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento (inciso II); os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III); os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (inciso IV) e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (inciso V).

Como se observa, relativamente às técnicas de reprodução assistida, o legislador consagrou três hipóteses em que há o reconhecimento da filiação matrimonial.

Desse modo, o inciso III faz alusão à fecundação artificial homóloga, determinando que caso esta forma de reprodução se concretize, inclusive diante a falta física do marido, em

decorrência de sua morte, os filhos havidos mediante esta técnica gozam da presunção de que são filhos do extinto marido de sua mãe. Portanto, será considerado pai aquele que cedeu o sêmen na condição de marido, presumindo, assim, seu consentimento em procriar artificialmente.

É oportuno mencionar que o Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, estabeleceu Enunciados destinados a servir de parâmetro de interpretação para determinadas normas. Relativamente ao inciso III, foi aprovado o Enunciado n.º 106, cujo teor segue abaixo, nos seguintes termos:

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 obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Assim, de acordo o enunciado supracitado, além da necessária manifestação expressa pelo marido em vida, a mulher deverá estar na condição de viúva para que possa gerar, via fecundação homóloga, um filho do marido morto.

O inciso IV, por sua vez, faz referência à gestação a qualquer tempo dos embriões excedentários. O conteúdo desse inciso assegura a condição de filho a todos aqueles que forem gerados a partir de um embrião resultante de uma fertilização *in vitro* homóloga, ou seja, com material genético próprio do casal, mesmo que a implantação do embrião tenha ocorrido em momento posterior a morte do doador.

Sobre o inciso IV, o Enunciado n.107 do CJF disciplinou:

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

Dessume-se desse comando que, caso haja o rompimento da sociedade conjugal com a morte do marido ou companheiro, a mulher só poderá se valer da implantação dos embriões supranumerários se existir autorização escrita do doador para tanto.

Por fim, o inciso V do art. 1.597 consagra a hipótese da reprodução heteróloga como apta a gerar presunção de filiação. Nesse caso, a expressa manifestação de vontade do marido ou companheiro é imprescindível para formação do vínculo paterno-filial.

Ressalte-se, por fim, que o corrente Código, ao contrário dos incisos III e IV, não estabeleceu a possibilidade de paternidade *post mortem* para esse tipo de reprodução.

3 A GERAÇÃO EMBRIONÁRIA *POST MORTEM*

A possibilidade de se conceber um filho após a morte de um progenitor é matéria que gera controvérsias em diversos ordenamentos estrangeiros. No Brasil, não há notícia da realização do implante de embriões póstumos no Brasil. Todavia, não se pode olvidar que os fatos sociais não são estanques, estando em constante mutação. Portanto, o advento dessa técnica não poderá causar estranheza à sociedade.

3.1 Precedentes históricos

A possibilidade de conceber um filho em momento posterior a morte do marido ou companheiro começou a ser debatida concretamente, conforme lição de Eduardo de Oliveira Leite (1995, p. 236), em 1984, no denominado “caso parpalaix”.

Leite (1995, p. 236) relata que os jovens franceses Corinne Richard e Alain Parpalaix se conheceram e se apaixonaram. Pouco tempo após a união do casal, Alain descobriu que estava acometido por uma enfermidade incurável, qual seja, câncer nos testículos. Alan Parpalaix, com receio de que o tratamento quimioterápico compromettesse sua fertilidade, resolveu depositar seu sêmen em uma clínica de conservação (CECOS), para que posteriormente não fosse surpreendido com a impossibilidade de engravidar sua amada. Dois anos após, Alan faleceu. Certo tempo depois, Corinne procurou a clínica com o intento de recuperar o material genético do seu extinto esposo, a fim de se submeter a uma inseminação artificial, mas tão logo seu pedido foi negado. Os responsáveis pela clínica alegaram a ausência de uma previsão normativa que autorizasse tal procedimento, refutando o argumento de Corinne que dizia que o acordo celebrado com a clínica era objeto de um contrato de depósito, devendo o depositário devolver a coisa depositada aos seus herdeiros, em caso de morte, consoante os art. 1932, 1939 e 1951 do Código Civil francês. Corinne, inconformada com a situação, levou, juntamente com os pais de Alain, suas insatisfações ao Tribunal francês de Créteil. No tribunal francês, diversos fatores foram questionados. Ao final, em agosto de 1984, este perfilhou o entendimento de que a clínica deveria devolver ao médico designado por Corinne o sêmen do marido falecido no prazo em um mês, sob pena de insurgir em pena pecuniária, autorizando, portanto, a inseminação *post mortem*.

Entretanto, devido ao tempo transcorrido, desde a morte de Alan até a decisão final do Tribunal, a inseminação artificial não logrou êxito, visto que os espermatozóides não estavam mais viáveis a fecundar.

Relativamente à geração embrionária *post mortem*, Oliveira (1997, p. 37) registra que o primeiro debate judicial sobre a possibilidade de implantar embriões criopreservados ocorreu em 1992, no episódio que ficou conhecido como “o caso da viúva de Toulouse²”.

Assim, Oliveira (1997, p. 41) relata que em 1990, na cidade de Toulouse, uma mulher engravidou de gêmeos, após se submeter a uma fertilização *in vitro*. Posteriormente, ela acabou abortando espontaneamente e, enquanto estava internada para a realização da curetagem, soube que seu esposo faleceu, vítima de um acidente de carro, quando estava a caminho do hospital. Como ainda existiam dois embriões criopreservados, a mulher solicitou o implante, porém, o médico não concordou, alegando que a posse dos embriões pertencia ao casal, e que com o falecimento do marido ela não poderia mais exercer direitos sobre ele. Aduziu, ainda, que o casal assinara um documento que constavam que no momento da transferência dos embriões, ambos estariam presentes. A viúva, não se conformando com a decisão do médico, decidiu apelar para a justiça, onde acordaram que a clínica iria continuar com guarda do embrião até que a justiça decidisse o futuro daquele embrião criopreservado. Certo tempo depois, o juiz sentenciou que o hospital estava isento de continuar a oferecer os seus serviços diante da morte de um dos cônjuges. Em 1994, esta decisão foi reafirmada.

Assim, os casos supracitados marcaram a história da reprodução assistida *post mortem*, representando, notadamente, o descompasso entre o direito e a biotecnologia. Sua importância restou patenteada, posto que, a partir de então, preocupou-se efetivamente com uma disciplina para a questão.

3.2 Definição

A possibilidade de se conceber um filho após a morte é registrada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 732), nesses termos:

² Cidade situada no sul da França.

[...] é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Tal é possível em virtude de um procedimento denominado criopreservação. A criopreservação é o processo no qual se preserva o material genético de alguém mediante congelamento.

Sobre a criopreservação, a lição de Silver (2001 apud ROBERTO, 2008, p. 158):

“Vida em suspenso” é o termo popular usado para descrever o que acontece quando um ser vivo é congelado, supondo-se que mais tarde será descongelado para continuar a vida. Os cientistas usam a palavra ‘criopreservação’ para descrever o mesmo processo. O prefixo ‘crio’ vem da palavra grega ‘kruos’ que significa frio de gelo, embora a temperatura efetivamente usada para a criopreservação (-196° C ou -320 ° F) esteja muito abaixo do ponto de congelamento da água.

Saliente-se que o processo de reprodução póstuma pode apresentar algumas variantes, dependendo na natureza do material criopreservado quando da morte de um doador.

Assim, será chamada de fecundação ou fertilização *post mortem* se, até o momento do óbito do doador, existia apenas o gameta masculino conservado, ocorrendo a união do óvulo com o espermatozóide após a morte do progenitor. Nestas condições, conforme Cruz (2008, p. 136), “não há que falar em fecundação artificial homóloga se o marido depositou o sêmen na clínica e faleceu, não ocorrendo à fecundação de seu material com o gameta de sua esposa, o que seria a segunda fase”.

A geração embrionária *post mortem*, por sua vez, consiste na transferência do embrião excedentário para o útero materno em momento posterior a morte do marido ou companheiro. Nesse procedimento, ao contrário da fertilização *post mortem*, a junção do óvulo com o espermatozóide ocorrera antes da morte do progenitor, apenas seu implante é que se perfaz após a morte deste.

A possibilidade de implantação do embrião após a morte do doador é matéria que gera controvérsias de diversas ordens. Do mesmo modo que na reprodução assistida em geral, a matéria explanada ainda não foi disciplinada pelo legislador ordinário, de modo que não há legislação expressamente permissiva ou proibitiva no tocante a esta possibilidade.

Cumprе consignar que, por ser modalidade de reprodução assistida, poder-se-á recorrer ao fundamento do planejamento familiar para alegar a legitimidade do referido procedimento. Nesse caso, o ponto de controvérsia consistirá em saber se com a morte de um cônjuge ou companheiro subsiste os efeitos do planejamento familiar ou estes cessam automaticamente.

Nesse sentido, alguns advogam que o planejamento familiar é assunto que se dá em vida e liga-se a idéia de autodeterminação ou vontade do casal. Com a morte de um dos cônjuges o vínculo conjugal é dissolvido, não tendo mais que se falar em vontade do casal, já que morto não tem vontade.

Carlos Alberto Bittar (1993 apud CRUZ, 2008, p. 141), ao analisar o assunto questionado, posiciona-se no mesmo diapasão, uma vez que observa que o procedimento de se conceber um filho posteriormente a morte do marido ou companheiro viola a seqüência natural das coisas, e que ao invés de trazer soluções, gera vários efeitos negativos, principalmente para os filhos, além de que o exercício de direitos termina com a morte.

Por outro lado, Dias (2008, p. 117) assevera, nestes termos:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar 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 opere 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.

Saliente-se que, dentre os projetos de lei que tratam da reprodução assistida *post mortem*, o PL n. 90/99 limita a afirmar que é obrigatório o descarte dos gametas nos casos de falecimento de doador ou depositante, salvo a hipótese em que este último tenha autorizado, mediante testamento, a utilização póstuma de seus gametas pela esposa ou companheira, permanecendo silente no tocante ao caso embrião excedentário.

Já o PL n. 2.855/97, de autoria do deputado Confúcio Moura, veda o reconhecimento de paternidade no caso do falecimento do marido ou companheiro anterior ao procedimento de procriação assistida, salvo no caso de manifestação expressa do casal.

O PL n. 3.638/93, por sua vez, não faz referência ao assunto, de modo que nem proíbe nem permite.

Em que pese toda a discussão jurídica a respeito, pode-se afirmar que tal questão encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro, por força do princípio constitucional da legalidade.

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal é textual: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Da transcrição apresentada, depreende-se que, caso exista determinada proibição para que alguém se obste de fazer alguma coisa, esta só terá validade se for proveniente de preceito legal, ou seja, onde não há lei que determine expressamente os limites de atuação de determinado indivíduo, pode este proceder com plena autonomia.

Sob esse enfoque, não há como considerar a geração embrionária póstuma como procedimento ilegítimo, posto que não é matéria proibida por lei.

3.3 Repercussões éticas e jurídicas

A possibilidade de implantação de embrião *post mortem* é assunto que gera polêmica e discussão em várias áreas do conhecimento humano, especialmente na ética e no direito.

Do ponto de vista ético, os questionamentos levantam com intensidade, posto que a problemática sob análise envolve assuntos ligados à natureza individual e social do homem, qual sejam, a vida, a família e até mesmo a memória de alguém que já morreu.

Impende registrar que, em face das inovações biotecnológicas, desenvolveu-se uma ciência que se propõe analisar os institutos científicos sob o enfoque dos princípios éticos. É a chamada a bioética ou “ética da vida”, que tem por idéia central, consoante lição de Diniz (2001, p. 12) “estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.”

Relativamente à implantação do embrião após a morte do doador, os principais questionamentos éticos dizem respeito, essencialmente, à vontade do progenitor, ao real interesse dos familiares do morto e ao bom desenvolvimento da criança

Nesse tocante, urgem trazer à baila as seguintes indagações:

Com relação ao doador do material genético, como assegurar que era do seu desejo conceber um filho mesmo após a sua morte. Seria razoável defender que o fato de ter iniciado a

fertilização em laboratório já é suficiente para presumir sua vontade em dar continuidade ao projeto parental interrompido? De outro lado, caso tivesse deixado manifestação escrita nesse sentido, aético não seria desprezar essa vontade?

Quanto à esposa ou companheira, que fins motivariam uma pessoa a conceber um filho de alguém que já morreu? Qual seria seu real interesse? Aferir vantagens econômicas ou a concretização de um projeto parental outrora estabelecido? E como reagiria a família do morto? Poderia concordar com a prática apenas com a finalidade de vislumbrar na criança a figura do saudoso ente falecido?

Nesse caso, seria digno para com a criança tê-la como um meio e não como um fim? Além disso, poderia achar o ser assim concebido que a razão do seu nascimento foi tão somente para ocupar um vazio deixado por seu pai? E sendo assim, poderia acarretar problemas psicológicos?

Como já dito alhures, a possibilidade de transferência de embriões *post mortem* também gera profundas repercussões na seara jurídica, mormente no que diz respeito ao binômio paternidade-filiação e ao direito sucessório.

No que tange as relações de parentesco, indaga-se se ao invés do homem, quem falecesse fosse a mulher, poderia este fazer uso do embrião criopreservado para gerar um filho em outra mulher através da maternidade de substituição?

E se o embrião fosse resultado de uma fertilização heteróloga, no qual utilizou-se o sêmen de um terceiro alheio a relação conjugal, como ficaria resolvida a questão da paternidade se o marido ou companheiro falecesse sem deixar um consentimento expresso nesse sentido?

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a resolução n.º 1.358 do CFM, documento consubstanciador de normas éticas, limita a afirmar, no item V, 3, que no momento da criopreservação, devem os cônjuges ou companheiros expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de falecimento de um deles ou de ambos.

Migrando para os domínios do direito sucessório, observa-se que a questão é ainda mais complexa. Como se sabe, o legislador de 2002 acabou reconhecendo, em determinadas circunstâncias, a paternidade *post mortem*, bem como a condição de filho presumido ao ser advindo por reprodução assistida póstuma (CC, art. 1.597, inc. III e IV).

Sobre o assunto, Cruz (2008, p. 135) esclarece que, como a questão da legalidade do congelamento de embriões está patente, a insegurança que emerge é no sentido de regulamentar o uso do material criopreservado após a morte do progenitor pela esposa ou companheira do doador morto nas questões relacionadas ao direito de herança.

A principal discussão gira em torno da dicção do art.1.798 do Código Civil que dispõe que são legítimas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Assim, relativamente à regra do inciso IV, discute-se se os filhos gerados a partir do embrião criopreservado poderia ser sujeito de direitos sucessórios.

Alguns civilistas entendem que esses filhos não poderão participar da sucessão legítima, visto que no momento da abertura da sucessão eles não existiam como pessoa, e nem são considerados nascituro. Compartilham desse posicionamento: Flávio Tartuce, Jones Figueiredo Alves, José Fernando Simão, Mário Luiz Delgado e Sílvio de Salvo Venosa.³

De outra banda, alguns advogam que o embrião humano é ser concebido, e em respeito ao princípio constitucional da igualdade de filiação, deve-se atribuir aos seres dele gerados, o direito de participar do chamamento da legítima, na qualidade de herdeiros necessários, como qualquer outro descendente. Posicionam-se em favor desse entendimento: Carlos Roberto Gonçalves, Eduardo de Oliveira Leite, Francisco José Cahali, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Simara Juny de Abreu Chinellato e Zeno Veloso.⁴

3.4 Experiências do direito comparado

Preceitua o art. n.º 4 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

A dicção dessa norma revela que nem sempre o ordenamento jurídico está preparado para conferir respostas às novas questões que vão sendo suscitadas na sociedade, em razão, quase sempre, da velocidade com que se desenvolvem ou da complexidade envolvida com a matéria,

³ Ver *infra*, p. 42.

⁴ Ver *infra*, p. 40-41; 45-46.

cabendo, portanto, ao intérprete valer-se de outras fontes do direito que se mostrem hábeis a preencher a lacuna.

Uma reflexão sobre determinado direito pela ótica internacional é sempre de grande utilidade, posto que “estimula o melhor conhecimento e aperfeiçoamento do direito nacional” (DAVID, 1996, p. 3). Assim, quando as questões ventiladas na ordem jurídica local encontram-se positivadas em certos sistemas jurídicos internacionais, torna-se crucial observar de que forma a questão foi enfrentada por tal ordenamento, máxime quando as demais fontes locais do direito se mostrem insuficientes para tratar do problema.

Portanto, um estudo comparativo do direito estrangeiro é de grande relevo, posto que, a partir dele, podem-se extrair proveitosas orientações aptas a influenciar o trabalho do legislador local. Nesse sentido, merece nota a complementação de David (1996, p. 5):

O legislador sempre utilizou, ele próprio, o direito comparado para realizar e aperfeiçoar sua obra. Não foi por acaso que se falou, no século passado, de *legislação comparada*. A preocupação daqueles que criaram na França, em 1869, a Sociedade de Legislação Comparada, que englobava as universidades que criaram cadeiras de legislação comparada, foi estudar os novos códigos que vinham sendo publicados nos diversos países, com vistas a verificar as variantes que comportavam em relação aos códigos franceses e sugerir ao legislador, em tais circunstâncias, certos retoques nestes últimos.

Fazendo um estudo comparativo da geração embrionária *post mortem*, percebe-se que a matéria não se encontra, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, desprovida de controvérsias.

Dentre as legislações que se manifestaram sobre o tema, Cruz (2008, p. 139) menciona a norma australiana, que, ao conferir tratamento rígido, adverte que o filho gerado após o falecimento do cônjuge não será considerado filho do falecido (Lei n.º 30/90).

Não obstante ser procedimento vedado, Reinaldo Pereira e Silva (2002, p. 234) faz relato de uma experiência australiana onde foi reconhecido o direito sucessório do embrião preservado:

[...] a Corte Suprema da Tasmânia – Estado insular da Austrália -, em julgamento marcado pelo ineditismo, acolheu o pedido de uma mãe que, mediante fertilização *in vitro* homóloga, havia concebido cinco filhos, três dos quais transferidos para seu útero, com o nascimento de apenas um deles. Em 1994, morto o seu marido e persistindo dois filhos criopreservados, a mãe requereu que também a eles fosse reconhecido o direito hereditário (no caso um direito patrimonial). A Corte decidiu positivamente o pedido, na medida em que declarou a igualdade entre os conceitos e o filho já nascido, apenas condicionando os efeitos da decisão à transferência daqueles ao útero materno.

Na França, de acordo com Cruz (2008, p. 139), “o consentimento para o tratamento da reprodução humana fica sem efeito se o homem vier a morrer.”

Na Espanha, a matéria também é vedada, todavia, a lei n.º 35/1988 reconhece o direito de filiação aos seres gerados e concebidos *post mortem*, exigindo, para tanto, expressa manifestação favorável do marido, consubstanciada em instrumento público ou testamento (art. 9º, 1, 2):

1-Não poderá se determinar legalmente a filiação nem reconhecer efeito a nenhuma relação jurídica entre o filho nascido pela aplicação das técnicas reguladas nesta Lei e o marido falecido, quando o material reprodutor deste não se encontrar no útero da mulher na data da morte do varão.

2-Não obstante o disposto no parágrafo anterior, o marido poderá consentir, em escritura pública ou testamento, que seu material reprodutor possa ser utilizado, nos seis meses seguintes ao seu falecimento, para fecundar a sua mulher, produzindo tal geração os efeitos legais que se derivam da filiação matrimonial.

Assim, o legislador espanhol entendeu que melhor seria vedar a prática póstuma de reprodução assistida, todavia, reconheceu que, caso nasça alguém mediante tais técnicas, não se pode deixar de conferir os efeitos decorrentes da filiação matrimonial, o que inclui, portanto, os direitos sucessórios.

A legislação catalã reconhece direitos sucessórios aos gerados *post mortem*, porém condiciona esse reconhecimento a prática de reprodução assistida realizada conforme a lei. É o que se extrai do art. 421, 2, do Código Civil catalão, *verbis*: “os filhos que nascem em virtude de uma fecundação assistida praticada de acordo com a lei depois da morte de um dos progenitores tem capacidade para suceder o progenitor pré-morto.”

Denota-se que a complexidade envolvida na matéria é tamanha que não há na legislação estrangeira um consenso ou uma única tendência.

Por derradeiro, não se pode deixar de destacar a legislação espanhola, que, conquanto entenda que não deve ser permitido o referido procedimento, elimina o rigor legal, ao reconhecer os direitos decorrentes da filiação às crianças nascidas mediante estas técnicas, igualando-as a qualquer outro descendente.

4 A POSSIBILIDADE DE SUCESSÃO LEGÍTIMA DOS FILHOS ADVINDOS DA GERAÇÃO EMBRIONÁRIA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Devido à lacuna legal existente, indaga-se se, ocorrendo o falecimento de um genitor, *in casu*, o pai, antes da implantação do embrião criopreservado, é possível reconhecer capacidade sucessória aos filhos assim gerados, mormente em virtude do art.1.597 do Código Civil brasileiro, que reconhece a respectiva condição de filiação.

A resposta para essa indagação deverá advir da melhor interpretação do art. 1.798, especificamente sobre o que seja ser concebido. Além disso, deve-se levar em conta a função constitucional do direito sucessório.

4.1 A sucessão no direito brasileiro

O constitucionalismo moderno cuidou de fixar parâmetros e consagrar regras que até então ficavam a encargo da legislação privatista. Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil, diversos comandos jurídicos infraconstitucionais passaram a ter estatura constitucional, bem como matérias relacionadas à legislação civil passaram a ser concebidos à luz dos princípios constitucionais, coincidindo o conteúdo material de suas normas com o espírito ou essência da Constituição, de modo que, qualquer concepção do direito civil deve ser precedida de um estudo do direito constitucional.

Nesse sentido, anote-se a preleção doutrinária de Dias (2005, p. 33), para a qual:

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição. Essa é uma característica do chamado Estado social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um Estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O Direito Civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado.

Nesse trilhar, o artigo 5º, inciso XXX, da Carta Política de 1988, garantiu ao indivíduo o direito de herança, nos seguintes termos: “é garantido o direito de herança.”

Convém ressaltar que a referida garantia constitucional está catalogada como direito fundamental, sendo, por conseguinte, uma clausula pétrea da Constituição Federal.

Pretendeu o constituinte originário, ao preconizar a norma supracitada, reconhecer a herança como um direito inerente à pessoa humana e garantir, de acordo com a lei, pleno acesso a esta, não sendo possível sua abolição do ordenamento positivo ou qualquer forma de miná-la, ainda que indiretamente.

Relativamente aos fundamentos da transmissão sucessória, Gonçalves (2007, p. 7) salienta que a concepção da razão de ser do direito sucessório apresenta distinções de acordo com o momento histórico e linha de pensamento que se queira filiar.

O autor supracitado (*ibidem*) aduz que o primeiro fundamento do direito hereditário residiu na religião, de modo que, como a propriedade era da família, falecendo o autor da sucessão, o varão mais velho assumia a posição do *de cuius* na condução do culto doméstico.

Nas lições de Leite (2003, p. 14-15) há uma elucidativa explicação sobre o tema, *verbis*:

Na medida em que entre a vida e a morte se decide todo o complexo destino da condição humana, o aludido direito se esgota exatamente na idéia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta na pessoa dos herdeiros. A sucessão, do latim *succedere* (ou seja, vir ao lugar de alguém), se insere no mundo jurídico como que a afirmar o escoamento inexorável do tempo conduzindo-nos ao desfecho da morte que marca, contraditoriamente, o início da vida do direito das sucessões [...] Porque o homem desaparece, mas os bens continuam; por que grande parte das relações humanas transmigra para a vida dos que sobrevivem, dando continuidade, via sucessória, no direito dos herdeiros, em infinita e continua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte.

Diniz (2007, p. 5), por sua vez, faz referência aos autores D’Aguano e Cimbali, que, semelhantemente, fundam o direito das sucessões “na continuidade da vida através das gerações”. A referida autora (2007, p. 6) também expõe seu parecer, ao destacar que “na verdade, poder-se-á dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família.”

Nesta ordem de idéias, convém ressaltar o alcance do vocábulo “sucessão”. Em sentido amplo, significa o ato de uma pessoa ocupar o lugar de outra em suas relações jurídicas. Pode se

dá tanto em virtude de ato entre vivos⁵ quanto por *causa mortis*. Em sentido estrito, utiliza-se a referida expressão para indicar o ato de alguém ocupar a titularidade de outrem nas relações obrigacionais e patrimoniais, especificamente em razão da morte.

A esse respeito, Carlos Maximiliano (1948 apud RODRIGUES, 2002, p. 3) define direito sucessório, em clássica lição, *verbis*:

Em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se diria - direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.

No ordenamento jurídico pátrio, seu conteúdo está disciplinado no Livro V da Lei Adjetiva Civil (arts. 1784 a 2.027), que versa sobre o “Direito das Sucessões.” Sob essa rubrica, o Código enuncia as normas que tratam das relações jurídicas sucessórias e suas implicações, principalmente em relação à transmissão patrimonial. Está dividido em 04 (quatro) Títulos: “Da sucessão em geral” (disposições gerais acerca da sucessão e herança), “Da sucessão legítima” (disciplina a sucessão estabelecida de acordo com a vocação hereditária estabelecida por lei), “Da sucessão testamentária” (trata dos aspectos referente ao testamento) e “Do inventário e da partilha” (formalidades referentes à divisão da herança entre os herdeiros).

Elucide-se que a sucessão foi classificada pelo legislador de 2002 em duas espécies que, embora possam coexistir, possuem significados distintos. Assim, a sucessão pode se dá por lei ou por disposição de última vontade (art. 1.786 do Código Civil vigente).

A sucessão testamentária é aquela que se realiza de acordo com as disposições de um testamento válido, feito pelo autor da herança, que no caso deve ser maior de 16 (dezesesseis), ser considerado capaz e que no ato de realizar o testamento possua pleno discernimento para dispor, mediante observância das regras do Título III do Código Civil de 2002.

Reveste-se de importância na medida em que confere ao autor da sucessão a prerrogativa de escolher em vida seus herdeiros, podendo, desse modo, dispor livremente da porção disponível, salvo a reserva da metade da herança (legítima) assegurada aos herdeiros necessários, se houver (art. 1.857, parágrafo 1.º, Código Civil). No entanto, sua utilização resta diminuída, devido a fatores de ordem cultural, bem como ao fato de ter o codificador de 2002 disciplinado

⁵ Nesse caso a sucessão advém de um ato acordado entre pessoas vivas, como, *e.g.* nos contratos de compra e venda.

satisfatoriamente a sucessão legítima, chamando a suceder as pessoas que o autor da herança elencaria se tivesse formalizado o testamento (GONÇALVES, 2007, p. 24).

Por outro lado, tem-se a sucessão legítima, legal ou *ab intestato*, conforme lição de Diniz (2007, p. 16), “nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade do testamento (CC, arts. 1.786 e 1.788). Desse modo, falecendo alguém sem ter deixado testamento, a herança será transmitida para os herdeiros apontados por lei, segundo a ordem de vocação hereditária preestabelecida.

A referida ordem está prescrita no art. 1.829 do Código Civil vigente, nestes termos:

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.

Consoante se observa, a lei resguarda o que se convencionou chamar de herdeiros necessários. São esses os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite.

O resguardo da lei advém da preocupação do legislador em resguardar os parentes mais próximos, de modo que, havendo herdeiros necessários, o testador só pode dispor, no máximo, de metade de sua herança, uma vez que a outra metade é assegurada por lei aos herdeiros necessários (CC, art. 1.789).

Saliente-se que a ordem do chamamento hereditário é excludente, de modo que, existindo a primeira classe de herdeiros estabelecida por lei, as demais restarão afastadas, por força da regra de que, em uma mesma classe, os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto.

No campo da sucessão legítima, falecendo alguém, seu patrimônio passará automaticamente, pelo princípio da *saisine*, aos seus descendentes, concorrendo com estes o cônjuge sobrevivente, salvo se casado no regime de comunhão universal, separação obrigatória ou quando o *de cuius* não houver deixado bens particulares no regime de comunhão universal. Não havendo descendentes, passará aos ascendentes, que igualmente poderá concorrer com o cônjuge sobrevivente. Na falta de ascendentes, herdará o cônjuge sobrevivente integralmente e, não os havendo, por sua vez, a herança passará ao Estado.

Insta ainda elucidar que a herança transmite, pelo princípio da *saisine*, tão logo a morte do autor da herança, àqueles que estão aptos a suceder de acordo com a lei ou testamento.

Nesse contexto, ao estabelecer quem possuiria capacidade para suceder de maneira geral, o legislador apontou que legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (CC, art. 1.798).

O dispositivo em acima mencionado vislumbra os dois grupos em que alguém deve se enquadrar para que possa suceder o *de cuius*. Segundo o magistério de Venosa (2009, p. 45), “para que uma pessoa possa ser considerada herdeira, há que se atentar para três requisitos: deve existir, estar vivo ou já concebido na época da morte, ter aptidão específica para aquela herança e não ser considerado indigno.”

Feita estas digressões, verifica-se, de logo, que a idéia de possuir um direito sucessório reside na garantia de que tem o titular de determinado patrimônio de transferi-lo, quando de sua morte, para quem alguém de sua ligação, de modo que possa conduzir sua atividade laboral com mais segurança e motivação.

Com efeito, quem dedicou grande parte do tempo ao trabalho, renunciando benesses oferecidas pela vida, visando não apenas a subsistência imediata, mas a construção de um futuro, não se satisfaria com a idéia de que, com a sua morte, todo o fruto do seu trabalho passaria para as mãos de um estranho ou alguém com que tenha pouco afeto. Não faria sentido.

Nesse sentido, poder-se asseverar que o maior interessado em um direito de herança é o autor da sucessão. Sendo este o titular do patrimônio e das obrigações adquiridas em vida, merece o mesmo, *latu sensu*, ter a certeza de que, por ocasião de sua morte, este complexo será transferido para alguém que ele julgue digno de tal benefício, por razão de laços sanguíneos ou afetivos.

De outro lado, seria injusto admitir como herdeiro alguém estranho ao autor da herança, alguém outrora dissociado de sua vida e de sua realidade.

Nesse sentido, oportuna a lição de Maria Clara Osuna Dias Falavigna (2007, p. 358):

Nossa imortalidade consiste na continuidade de nossos descendentes, por essa razão têm-se filhos e luta-se para criá-los, conservá-los vivos. Amealha-se patrimônio ao longo da vida para que os descendentes possam usufruí-los. E assim tem sido ao longo da história dos povos, com singelas variações, conforme será demonstrado.

Da mesma forma, Gonçalves (2007, p. 143) complementa:

É corrente na doutrina o entendimento de que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, funda-se na vontade presumida do falecido. Os descendentes devem ser sempre o primeiro grupo chamado a herdar, pois, segundo o senso comum da sociedade, o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, fruto de seu afeto pelo outro genitor. Apenas na falta absoluta de descendentes, assim, é que os ascendentes deveriam ser chamados a herdar, uma vez que somente na falta de energias novas e vigorosas, continuadoras por excelência da vida que acabara de ser ceifada, é que deveriam buscar gerações anteriores à do morto.

Por último, insta ter por norte que qualquer análise interpretativa das regras de direito sucessório não deve ser realizada analisando friamente o alcance de uma expressão legal, antes, faz-se mister realizar uma interpretação à luz dos princípios constitucionais, sobretudo da dignidade humana e igualdade jurídica dos filhos. Deve-se, sobretudo, perceber o espírito da Lei.

4.2 O embrião pré-implantatório como sujeito de direitos sucessórios

Dispõe o art. 1.798 do Código Civil brasileiro: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

De acordo com o dispositivo transcrito, apenas as pessoas nascidas ou já concebidas ao tempo da morte do autor da herança podem ser consideradas herdeiras ou legatárias.

Gonçalves (2007, p. 51) ensina que a regra geral em atribuir legitimação sucessória para os seres já nascidos encontra exceção no nascituro. Nascituro, segundo ensinamento de Rodrigues (apud GONÇALVES, 2007, p. 36), “é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”.

Poder-se-á afirmar, ainda, que integra o conceito de seres concebidos, o embrião humano criopreservado. Nesse ponto, é mister traçar o conceito de concepção e de embrião.

De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2001, p. 171), concepção é um conjunto de fenômenos que levam a formação do ovo, como também é o ato ou efeito de conceber, de gerar, no caso, um novo ser. Portanto, corresponde o momento da união do óvulo com o espermatozóide, com a conseqüente formação do ovo ou zigoto, ou ainda, do embrião.

Já o embrião (do gr. *en*, ‘dentro’; *bryein*, ‘crescer’) é comumente definido como o produto da junção do óvulo e espermatozóide. Tecnicamente, para que o embrião seja reconhecido como

tal, deve se enquadrar, consoante ensinamento do médico Dernival da Silva Brandão (apud FONTELES, 2005, p. 2), na “fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida.”

Mesma lição é sustentada pelo professor Paulo Luiz Netto Lobo (2003, p. 52) em sede doutrinária, segundo o qual “considera-se embrião o ser humano durante as oito primeiras semanas de seu desenvolvimento intra-uterino, ou em proveta e depois no útero, nos casos de fecundação in vitro, que é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo sob comento.”

O Projeto de Lei n. 1.184/2003 denomina embrião humano como o “resultado da união in vitro de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento.”

Sobre tal conceituação, cumpre ainda ressaltar que modernamente faz-se referência ao termo “pré-embrião”. De acordo com Adriano Marteleto Godinho (apud PUSSI, 2008, p. 49) o termo pré-embrião caracteriza o ovo fecundado durante as duas primeiras semanas da concepção.

Observe-se que, a caracterização do embrião a partir da segunda semana após a fecundação, pode servir de argumento para se alegar que no estágio das duas primeiras semanas não há embrião, ou seja, não existe ainda o produto da concepção. Assim sendo, não poderiam herdar por sucessão legítima, uma vez que esta espécie de sucessão exige que ao menos já exista o ser concebido para ser legitimado a herdar.

A esse respeito, Godinho (apud PUSSI, 2008, p. 49) adverte que tal expressão merece ser criticada, visto que não possui fundamentação científica e contribui para a “coisificação” do ser humano, já que o que se pretende com essa teoria é a possibilidade de utilizar o ser humano para pesquisas científicas, inclusive a clonagem humana.

Sobre esta questão, também faz-se mister expor as lições de Simara Juny de Abreu Chinellato (2007 apud SIMÃO e TARTUCE, 2010, p. 45), que ensina que o embrião humano representa apenas uma fase do desenvolvimento do ovo fecundado (zigoto, mórula, blástula, embrião e feto) e que, apesar de utilizado em leis e documentos internacionais, não é termo jurídico, mas científico, próprio da medicina.

Considerando que o embrião é produto da concepção, ao adequá-lo a regra do art. 1.798 do Código Civil, que atribui legitimação para suceder aos seres concebidos, alguns autores alegam que o embrião humano criopreservado insere-se nessa categoria, capacitando-se, por conseguinte, a ser sujeito de direitos sucessórios decorrentes da sucessão legítima.

Em artigo publicado, Hironaka (2007) posiciona-se no mesmo diapasão, *in verbis*:

A respeito de capacitar-se à sucessão de seus genitores biológicos, o embrião pré-implantatório, penso que a questão se porta até que com certa tranqüilidade, pois a doutrina tem mostrado que o conceito tradicional de nascituro — ser concebido e ainda não nascido — ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação) (...) Embrião, afinal, é singularmente um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro. Ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, eis que o art. 1798 do Código Civil admite estarem legitimados a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas também aquelas concebidas ao tempo da abertura da sucessão.

Nesse mesmo artigo, Hironaka (2007) faz referência sobre a lição de Silmara Juny de Abreu Chinelato que ensina que o embrião pré-implantatório poderá herdar como herdeiro legítimo, desde que seja resultante de fertilização homóloga, isto é, se houver coincidência entre a mãe que o gera e a que o gesta, após a crioconservação.

Do mesmo modo, Dias (2008, p. 117) perfilha que não há razão para excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido gerado postumamente, de modo que, sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, não se poderá afastar da sucessão que é filho e foi gerado pelo desejo do genitor.

Gama (2007, p. 218), fazendo menção ao ensinamento de Eduardo de Oliveira Leite, assevera que o referido autor distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação ocorrida em momento posterior ao falecimento do genitor e b) e a do embrião formado através de sêmen preservado em laboratório após o óbito do doador do material genético. Segundo o autor apenas na primeira hipótese é possível atribuir direitos sucessórios, posto que já houve concepção.

Nessa esteira de pensamento segue Diniz (2007, p. 47), nestes termos:

Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião criopreservado, gerado com material germinativo de *de cuius*, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição de herança, que prescreve em dez anos após a sua maioridade (18 anos), poderá pleitear sua parte no acervo hereditário.

E arremata, linhas adiante, fazendo referência ao Enunciado n. 267 do Conselho da Justiça Federal que estabelece:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante 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 de herança.

Por outro lado, Venosa (2009, p. 51), reconhecendo apenas o nascituro como ser concebido, assevera que “não se identifica a posição de nascituro com o embrião, matéria que merece um estudo à parte.”

Semelhantemente, Jones Figueiredo Alves e Mário Luiz Delgado (2005, apud TARTUCE e SIMÃO, 2010, p. 44) lecionam, *verbis*:

Ao se referir a pessoas ‘já concebidas’, está fazendo alusão ao nascituro, cujo conceito pressupõe gravidez, excluindo, portanto, dentre os legitimados a suceder, o embrião congelado *in vitro*, bem como os filhos havidos por inseminação artificial ocorrida após a abertura da sucessão.

Simão e Tartuce (2010, p. 45), por sua vez, entendem que o embrião não é considerado sucessor legítimo, defendendo que, apesar de ter personalidade jurídica formal (direitos referentes a personalidade), não possuem a material (direitos patrimoniais), devendo ser reconhecidos como herdeiro apenas em face da sucessão testamentária.

Nesse tocante, cumpre ressaltar que a questão não se trata de igualar o embrião ao nascituro. Este continua sendo, para todos os efeitos, o ser concebido dentro do ventre materno. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que também ostenta a condição de ser concebido o embrião humano.

O fato de ter sido concebido fora do útero materno não afasta do embrião sua natureza de produto da concepção, não existindo razão para distinguir o embrião concebido *in vitro* do embrião *in vivo*.

Desta feita, não merece prosperar o argumento de que o filho gerado a partir do embrião pré-implantatório criopreservado não se adequa a norma do art. 1.798 do Código Civil, posto que, na referida técnica, a concepção foi concretizada durante a vida do genitor, de modo que no momento da abertura da sucessão, ou seja, da morte do pai, já existe o ser concebido.

Por este enfoque, torna-se fácil reconhecer a legitimação do embrião para suceder, por força do disposto no art. 1.798 da Lei Adjetiva Civil.

4.3 A efetividade do princípio constitucional da igualdade jurídica dos filhos

Perante a égide do Código Civil de 1916, existia distinção no que diz respeito ao conceito de filiação. Nesse Diploma, os filhos poderiam ser classificados em determinadas categorias de acordo com a origem de filiação. Essa classificação servia de base para nortear determinadas relações jurídicas, dentre elas, as relações de direito sucessório.

Desse modo, o Diploma Civil anterior fazia referência a filhos legítimos e ilegítimos. Aqueles eram provenientes do vínculo conjugal, e possuíam plenos direitos sucessórios. Já estes, como não tinham no casamento a sua origem, não eram reconhecidos automaticamente pela lei, tampouco tinham direitos sucessórios.

A Constituição Federal de 1998, ao consagrar algumas normas atinentes ao direito de família, estatuiu o princípio da igualdade jurídica dos filhos, que cuidou de eliminar as diferenciações que decorriam da origem de filiação.

O princípio da igualdade de filiação foi preconizado no art. 227.º, § 6º da Constituição Federal, que textua: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Insta salientar que, conforme Alexandre de Moraes (2005, p. 746), a norma acima transcrita tem aplicabilidade imediata, ou seja, é garantida de plano a igualdade aos descendentes, sem que possa subsistir qualquer prejuízo aos filhos concebidos fora do matrimônio.

Saliente-se também que a dicção do art. 227.º, §6º da Constituição Federal foi reproduzida na íntegra no art. 1.596 do Código Civil brasileiro, bem como no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei n.º 8.069/90).

Derivado do princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5.º, *caput*), o princípio da igualdade de filiação tem como essência dois valores fundamentais, a saber: a não discriminação dos filhos por razão da origem e a plena igualdade jurídica perante seus irmãos.

Doutrinando sobre o princípio em comento, Veloso (1997, p. 87) registra:

A Lei Maior não tem preferidos, não elegeu prediletos, não admite distinções em razão de sexo, aboliu por completo a velha ditadura dos varões e acabou, definitivamente, com a disparidade entre os filhos, determinando a absoluta igualdade entre eles, proibindo, inclusive, os designativos que funcionavam

como autêntica maldição. As denominações discriminatórias relativas à filiação não podem mais ser utilizadas. Filho, de qualquer origem ou procedência, qualquer que seja a natureza da filiação, é filho, simplesmente filho, e basta, com os mesmos direitos e deveres de qualquer outro filho.

Diniz (2006, p. 21) vislumbra no princípio da igualdade jurídica dos filhos quatro importantes efeitos, quais sejam, a não distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, relativamente ao nome, direitos, poder familiar, alimentos e sucessão; permissão do reconhecimento dos filhos extramatrimoniais; proibição de ser incluído no assento de nascimento a espuriedade e proibição de designações discriminatórias relacionadas à filiação.

Portanto, o reconhecimento da igualdade de filiação pressupõe que sejam dados os mesmos direitos decorrente da filiação a todas as classes de filhos, independentemente da maneira pelo qual se originam. Conforme lição de Venosa (2009, p. 117), “não mais se distinguem direitos de acordo com a origem de filiação”.

Dentre esses direitos, destaque-se o sucessório, que surge para o descendente a partir do exato momento da morte do seu pai ou de sua mãe. Como já foi explanado, o conceito de filiação está intimamente ligado ao direito sucessório, posto que, a partir desta, será estabelecida a primeira classe dos herdeiros necessários - os descendentes.

Nesse sentido, o art. 1.834 do Código Civil prescreve que “os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

Não obstante o legislador utilizar o substantivo “classe”, é patente que o que se pretendia dizer era “grau”. Oportuna, a propósito, a observação de Rodrigues (2002, p.107-108):

Apesar da linguagem um tanto confusa, mencionando ‘os descendentes da mesma classe’, quando os descendentes já integram a mesma classe – aliás, a 1ª classe dos sucessíveis -, o art. 1.834 vem reafirmar que estão suprimidas todas as normas que vigoraram no passado, e que estabeleciam distinções odiosas entre os descendentes, desnivelando os filhos, conforme a origem da filiação.

Reafirmando o comando constitucional, o dispositivo supramencionado coloca todos descendentes em um mesmo nível sucessório, sem exceções, de modo que se deve atribuir a todos eles, independentemente da origem, raça ou sexo, os mesmos direitos derivados da filiação, incluindo o direito sucessório.

Essa constatação é claramente exposta por Venosa (2009, p. 120), nestes termos:

Como foi a Constituição de 1988 que igualou todos os direitos dos filhos, a partir de sua vigência não se distingue mais o direito sucessório de qualquer um deles [...]. Destarte, a plena igualdade sucessória dos descendentes só ocorre a partir da vigência da Constituição de 1988.

Dessa forma, é inconstitucional reconhecer direito sucessório apenas aos filhos biológicos e denegá-lo aos filhos adotivos ou adulterinos. Da mesma forma, não se pode conferir direito sucessório pleno um irmão germano e mitigar esse direito em relação ao irmão unilateral⁶, pois se é certo que a Constituição Federal proclama, reconhece e protege o direito do filho de não sofrer qualquer discriminação por razão de sua origem, não é menos verdade que qualquer tipo de diferenciação sucessória advinda da origem dos descendentes destoa do princípio constitucional sob comento.

Relativamente aos filhos advindos de reprodução assistida *post mortem*, especificamente os concebidos a partir do embrião excedentário, urge saber se os efeitos da igualdade jurídica dos filhos refletem na possibilidade de atribuição de direitos sucessórios aos rebentos gerados postumamente.

Neste prisma, Krell (2006, p. 190-191) leciona que o filho gerado postumamente não poderá sofrer quaisquer discriminações nos direitos decorrentes de sua filiação, em face do art. 227, §6º da Constituição Federal, que dispõe que as relações pessoais e patrimoniais estabelecidas entre pais e filhos, independentemente de sua origem natural ou artificial, são absolutamente iguais.

No mesmo sentido, pensa Gonçalves (2007, p. 58):

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido 'concebido na constância do casamento', não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 277, §6º, da Constituição Federal.

⁶ Saliente-se que a Constituição Federal estabeleceu plena igualdade entre os filhos, não admitindo qualquer hipótese de discriminação ou distinção, nem mesmo no tocante à nomenclatura, portanto, qualquer qualificação ou adjetivação deve ter importância apenas para fins didáticos ou históricos.

Cahali (2003, p. 131), por sua vez, reconhece que os filhos gerados após a morte do doador possuem os mesmos direitos sucessórios que qualquer outro filho havido pela forma natural de concepção.

Semelhante é a posição de Veloso (2006 apud SIMÃO e TARTUCE, 2010, p. 44), *verbis*:

Não tenho dúvida de garantir que, mesmo depois da morte do pai, vindo o embrião a ser implantado e havendo termo na gravidez, o nascimento com vida e conseqüente aquisição de personalidade, este filho posterior é herdeiro, por que estava concebido quando o genitor faleceu, e dado ao princípio da igualdade dos filhos da Constituição Federal, art. 227, § 6.

Já Venosa (2006, p. 247) assevera que os filhos concebidos postumamente não poderão, sob qualquer técnica, ser herdeiros.

A esse respeito, cumpre assinalar, no entanto, a seguinte situação hipotética: um casal, que já possui um filho, planeja a chegada de outro. Após muitas tentativas, o marido descobre que sua capacidade de reproduzir naturalmente está diminuída, devido a um problema de infertilidade superveniente. Tendo em vista o anseio pela chegada do outro filho, o casal resolve se submeter a uma fertilização *in vitro*, dando origem aos embriões excedentários. Ocorre que, nesse intervalo, ou seja, até a implantação, o marido falece subitamente. Apesar das circunstâncias, seis meses depois do falecimento a esposa resolve dar continuidade ao projeto parental interrompido e implanta o embrião em seu útero, resultando na chegada de mais outro descendente.

Diante desse caso, indaga-se: seria justo conceder capacidade sucessória apenas ao primeiro filho e denegá-lo ao segundo filho, fruto de um projeto parental estabelecido por ambos os cônjuges? Nesse caso, qual seria a efetividade do art. 227, §6º da Constituição Federal, que garante a não distinção dos filhos por razão de sua origem e a igualdade de direito sucessório a todos os descendentes?

Observe-se, ainda, que se esse casal não possuísse outro filho e se a esposa fosse casada com o *de cuius* no regime de comunhão universal de bens, não possuindo o autor da sucessão ascendente, a herança recairia nos colaterais.

Neste prisma, concebendo a questão sob os fundamentos do direito sucessório, quais sejam, a idéia de continuidade e a transmissão do patrimônio para alguém ligado ao autor da sucessão, evidencia-se que, não conferir o direito fundamental de herança a esses descendentes, faz da sucessão um direito sem grande utilidade, posto que vai de encontro aos seus fundamentos.

Com efeito, a maior contemplação da idéia de continuidade se dará com os descendentes, uma vez que, conforme lição de Venosa (2009, p. 116), “os vínculos com os descendentes são maiores, sendo eles a geração mais jovem à época da morte.”

No tocante a efetividade da função social da herança, a conclusão é a mesma, posto que a transferência de determinado patrimônio servirá para prover a sua prole.

Portanto, uma vez que o ordenamento constitucional brasileiro proclama que todos os filhos devem ser tratados de maneira igualitária, devem os gerados *post mortem* possuir os mesmos direitos sucessórios como qualquer outro descendente, sob pena de se colocar em risco a efetividade do art. 227, § 6º da Constituição Federal.

4.4 Considerações para o estabelecimento dos efeitos sucessórios à filiação advinda por embriões gerados *post mortem*

Por último, importa apontar algumas considerações levantadas por alguns juristas brasileiros relacionadas à eventual aplicação dos direitos sucessórios aos concebidos postumamente do embrião excedentário.

Há quem argumente que a perspectiva de implantação do embrião excedentário não se deve delongar, em razão das dificuldades práticas relacionadas à partilha dos bens do autor da sucessão, posto que após sua homologação, restará findo o processo de divisão dos bens entre os herdeiros.

Diniz (2007, p. 47) doutrina que caso o filho advindo da geração embrionária *post mortem* nasça com vida, deverá recorrer à ação de petição de herança, medida preconizada no art. 1.824 do Código Civil, que permite demandar em juízo o reconhecimento sucessório do herdeiro, para obter a restituição da herança, ou de parte dela. Outrossim, aduz que a referida ação prescreveria em dez anos após a maioridade do filho.

Nesse mesmo diapasão se encontra a lição de Gama (2007, p. 219), segundo o qual:

O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranqüilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir

do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Outra consideração refere-se ao consentimento escrito deixado pelo progenitor quando da realização da fertilização *in vitro*. Esse consentimento, que pode se formalizar por documento escrito ou testamento, serviria para demonstrar a vontade do marido ou companheiro em conceber um filho para além de sua morte, não pondo em risco, portanto, os fundamentos do princípio do planejamento familiar.

Nesse sentido, Cruz (2008, p. 144) informa:

Ocorrendo as duas situações, tanto da inseminação como implantação de embriões pertencentes a um falecido, é sábio compartilhar do entendimento de Maria Helena Diniz, que destaca que só será possível se houver anuência do marido nesse sentido, em instrumento público ou testamento.

Relativamente ao aspecto sucessório, Gama (2003 apud CRUZ, 2008, p. 144) leciona que, apesar de poder ser estabelecida a paternidade após a morte do progenitor, nenhum efeito patrimonial estabelecerá quanto ao espólio ou aos herdeiros do falecido. Além disso, aduz que em virtude do dano acarretado a criança que nasceu postumamente, por ser excluída da sucessão de seu genitor, poderá este fazer “jus” a uma indenização, a título de reparação do dano suportado diante da prática realizada por sua mãe. Essa indenização consistiria na parte que o filho teria direito no acervo hereditário deixado pelo pai e que foi distribuído entre os herdeiros.

Daniela Maluf (2003 apud CRUZ, 2008, p. 145) propõe que a clínica depositária poderá pedir ao poder judiciário uma solução, afim de que se decida o destino do material fecundante, ou ainda a destruição, ou, antes do falecimento do depositante, que este determine o uso do seu material genético através de um contrato frente a duas testemunhas.

Pontuando algumas soluções para a problemática em comento, Cruz (2008, p. 150) expõe:

Uma de nossas sugestões analógicas, apesar da polêmica, seria justamente a sucessão testamentária, para garantir os direitos sucessórios da criança nascida por meio de técnicas utilizadas após a morte do cônjuge, como já previsto no artigo 1.799, I, do Código Civil. O embrião não-implantado no útero, realmente, não poderá herdar por sucessão legítima, ficando a mercê de um testamento deixado pelo *de cujus*, contemplado como prole eventual

Conquanto essas observações sejam importantes, visto que conferem segurança às relações jurídicas decorrentes, elas não se revelam aptas a serem modelos de observância obrigatória ou condições de admissibilidade para capacitar o filho concebido *post mortem* a participar da sucessão legítima, posto que o fato de ter nascido sem a aquiescência escrita do pai ou em momento bastante posterior a partilha não descaracteriza sua condição de filho do progenitor, em virtude do art. 1.597 do Código Civil, e, assim sendo, tem plena igualdade sucessória como qualquer outro descendente, por força do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.

Ademais, não se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio querer excluir a futura criança do direito de herança, por força do preceito constitucional (art. 227, §6º) e das legislações infraconstitucionais (Código Civil, art. 1.596 e ECA, art. 41, §§ 1º e 2º), bem como pelo princípio do melhor interesse da criança, que não permite que uma criança já venha ao mundo com seus direitos comprometidos, e que, conseqüentemente, venha ser destituída de seu direito fundamental de herança.

Nesse contexto, também não se pode afirmar que a atribuição de efeitos sucessórios aos filhos advindos de embriões criopreservados acarretaria problemas para os outros herdeiros.

Observe-se o caso da investigação de paternidade *post mortem*, onde um descendente é reconhecido como herdeiro após o falecimento do pai. Se existiam apenas ascendentes hábeis a suceder o *de cuius* antes do reconhecimento da paternidade, reconhecida esta, serão tais ascendentes excluídos da sucessão, por força do art. 1.829 do Código Civil, modificando radicalmente, a sucessão outrora estabelecida. Portanto, denota-se que a segurança sucessória nunca será absoluta.

Desse modo, o filho que advir do embrião criopreservado, implantado após a morte do pai, deverá se valer da ação de petição de herança, para que seja retirada a sua parte no acervo hereditário.

5 CONCLUSÃO

Apesar das mudanças culturais vivenciadas na sociedade moderna, é fato que o desejo de gerar filhos nunca envelheceu. A chegada de um filho representa uma das maiores realizações da vida de um ser humano, algo de valor sublime e imensurável. Nesse contexto, a reprodução humana assistida representa uma poderosa alternativa para aqueles que, embora desejosos, não conseguem lograr êxito na concepção natural.

É cediço que, o legislador infraconstitucional não estatuiu diretamente um direito a reprodução assistida. Todavia, não há razão para considerá-la ilegítima, posto que representa uma manifestação do princípio constitucional do planejamento familiar e deriva da idéia de liberdade de procriação, que consiste, simplesmente, na opção do casal em ter filhos ou não. Dessa forma, deve ser assegurado ao casal o direito de recorrer às quantas alternativas forem necessárias para contornar a infertilidade, cabendo ao Estado, para tanto, facilitar o acesso da população às clínicas de reprodução medicamente assistida e estimular pesquisas científicas que se destinam a aprimorar as técnicas de enfrentamento à infertilidade.

Ademais, se a Constituição Federal garante ao indivíduo o direito de acesso a tratamentos de saúde, e uma vez que a infertilidade é problema ligado a saúde, não há razão para questionar o uso das técnicas terapêuticas de procriação assistida.

Saliente-se que, apesar de haver disposições sobre a reprodução assistida na Resolução nº 1.358 de 1992, bem como no novo Código de Ética Médica, tais documentos não possuem força de Lei, visto que as referidas resoluções do CFM têm como destinatários específicos tão somente os médicos e não a sociedade em geral. Dessa forma, esses documentos mostram inócuos para solucionar todas as questões e discussões advindas da utilização das técnicas de reprodução assistida

A procriação assistida repercutiu diretamente nas relações de parentesco, especialmente no direito de filiação, reconhecendo a condição de filho matrimonial aos seres gerados a partir de técnicas de reprodução assistida, desde que preenchidas determinadas condições.

O referido reconhecimento de filiação é estendido, inclusive, aos filhos gerados após o óbito do progenitor. Nesse ponto, o inciso IV do art. 1.597 do Código Civil é textual em afirmar que filhos os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes

de concepção artificial homóloga, são filhos matrimoniais do doador do sêmen e da doadora do óvulo.

Constatou-se que a referida prática, denominada geração embrionária *post mortem*, é matéria controvertida tanto no ordenamento jurídico pátrio, como no ordenamento jurídico estrangeiro, tendo em vista, principalmente as conseqüências éticas e jurídicas que emanam da prática sob comento.

Alinha-se que a referida técnica encontra guarida no direito brasileiro, não devendo o intérprete visualizá-la como ilegítima, visto que decorre do princípio do planejamento familiar, além de ser autorizada pelo princípio da legalidade, que proclama que aquilo que não é proibido é permitido.

Relativamente ao planejamento familiar, cumpre ressaltar que o texto constitucional não previu exceções para este princípio, de modo que, qualquer restrição que a este pretenda ser dado, deve partir do legislador, não cabendo ao intérprete decidir se seus efeitos subsistem ou não após o óbito de um cônjuge ou companheiro. Desse modo, ante o silêncio do legislador, pode-se constatar que, embora seja um direito que se realiza em vida, seus efeitos podem transpassar a morte, da mesma forma que em um testamento.

Além disso, não fosse o reconhecimento da geração embrionária póstuma pelo princípio do planejamento familiar, seria pelo princípio da legalidade, plasmado da Constituição Federal, que assegura a plena liberdade para fazer tudo aquilo que não seja vedado por lei, bem como pelo art. 1.597 do Código Civil, que, ao instituir a presunção de filiação matrimonial, reconhece a técnica de reprodução assistida de gerar embriões a qualquer tempo, desde que resulte de concepção artificial homóloga.

Quanto aos questionamentos éticos envolvidos, pondere-se que são muitos os problemas advindos da reprodução assistida *post mortem*, devendo existir, portanto, um estudo interdisciplinar entre o direito e a bioética afim de que se indique a melhor linha a percorrer.

Por outro lado, deve-se reconhecer que, na implantação embrionária *post mortem*, ao contrário da fertilização póstuma, o que existe no momento da morte do progenitor é o embrião, fruto da concepção, e não apenas o líquido seminal, o que faz presumir que a chegada de um rebento fazia parte de um projeto parental.

De qualquer sorte, não pode deixar de reconhecer aos filhos advindos da geração *post mortem* os direitos sucessórios decorrente da sucessão legal ou legítima.

Entendendo o direito sucessório através da Constituição Federal de 1988, percebe-se que o legislador constituinte, ao estipular no art. 5º, inciso XXX, a garantia do direito à herança, reconheceu que o direito de herdar é algo inerente a natureza humana, devendo, portanto, ser assegurado a todas as pessoas.

Nesse aspecto, a vontade no autor da sucessão ganha proeminência, posto que, apenas ele poderá apontar quem são as pessoas que ele desejaria que fossem contempladas com o acervo hereditário juntado em vida. Tanto é assim, que o Código Civil pátrio cuidou de estipular as normas referentes ao direito sucessório levando-se em conta a vontade do *de cuius*, respeitando a sua vontade no testamento e na sucessão legítima, pois, conquanto não exista expressa manifestação de vontade, presume-se que aquelas são as pessoas que o autor da sucessão queria contemplar.

E dentre tais pessoas, há mais razão para contemplar os descendentes do *de cuius* com a herança do que qualquer outra pessoa, em razão da comezinha constatação de que são eles, em regra, as pessoas mais íntimas e queridas que o mesmo possuía em vida.

Assim, uma vez existindo descendentes, independentemente da origem como foram gerados, e estando estes aptos a suceder, ou seja, não sendo indignos, não há mais que falar em transferência de herança para outra classe, sobrestando assim, a sucessão legítima e afastando, por conseguinte, todos aqueles que da ordem de vocação hereditária restaram. Até por que, o entendimento contrário poderia por em risco o próprio fundamento do direito sucessório.

Nesse sentido, como defender que a função do direito sucessório será melhor realizada, por exemplo, se, existindo apenas o descendente gerado pela implantação *post mortem* como parente sucessível, esta sucessão não for reconhecida, passando os bens para a posse do Estado?

Ademais, impende ainda ressaltar que não merece prosperar o argumento de que os filhos gerados a partir do embrião pré-implantatório criopreservado não se adequam a norma do art. 1.798 do Código Civil, que dispõe sobre a legitimidade para suceder, posto que, na referida técnica de reprodução assistida, a concepção já tinha sido concretizada antes da morte do doador, de modo que no momento da abertura da sucessão já existia o ser concebido.

Nesse sentido, o Enunciado n. 267 do CJF é elucidativo ao dispor que a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante 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 de herança

Ademais, constatou-se que o entendimento em contrário poderia ir de encontro a efetividade do princípio constitucional da igualdade jurídica dos filhos, norma que ao possui aplicabilidade imediata, produz de plano todos os efeitos decorrentes, e que não exige complementação por outras normas, para que se defina seu conteúdo ou que para que explicito o alcance de seu sentido.

Portanto, uma vez que o ordenamento constitucional brasileiro proclama que todos os filhos devem ser tratados de maneira igualitária, devem os gerados *post mortem* possuir os mesmos direitos sucessórios como qualquer outro descendente, sob pena de destoamento do texto constitucional (art. 227, §6º), bem como do texto infraconstitucional (CC, art.1.596, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 20).

Cumprido ressaltar também que, nesse caso, a ação de petição de herança se revela como meio hábil para que se reivindique a herança do filho gerado após a formalização da partilha, ação essa que prescreverá em dez anos após a maioridade do filho.

Quanto ao estabelecimento de critérios como, por exemplo, a manifestação escrita deixada pelo marido em vida e o prazo para implantação do embrião, constata-se que tais não se afiguram aptos a solucionar o problema do reconhecimento sucessório, posto que o fato de ter nascido sem o consentimento escrito do pai ou em momento bastante posterior a partilha não descaracteriza sua condição de filho do progenitor, em virtude do art. 1.597 do Código Civil, e, assim sendo, tem plena igualdade sucessória como qualquer outro descendente, por força do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.

Destarte, concluiu-se que são relevantes as questões jurídico-pessoais que emergem em consequência da reprodução assistida, sobretudo da geração dos filhos após a morte do progenitor, que por carecer de delimitação por parte da ordem normativa, acarreta vasta insegurança jurídica.

Nesse ponto, há de se esperar do legislador uma posição específica, de forma a regulamentar de maneira minuciosa e eficaz as regras e as consequências jurídicas decorrentes da utilização de técnicas de reprodução assistida.

Enquanto essa lacuna não for preenchida pela edição de uma lei ordinária, caberá a doutrina e jurisprudência fornecer subsídios necessários para alcançar uma justa aplicação do inciso IV do artigo 1597 do Código Civil, em consonância com os princípios constitucionais e sem prejuízo da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Carlos Maria Romeo Casabona e Juliane Fernandes Queiroz, coordenadores. Belo Horizonte: Dey Rey, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Ética, Direito e Reprodução Humana Assistida**. Matéria na RT-729. Julho de 1996. 85º Ano. RT. São Paulo.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da “fertilização in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil**: direito das sucessões. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº1.358**, de 11 de novembro de 1992, publicado no D.O.U. em 19/11/1992. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br>> Acesso em: 20 jan.2010.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**: tradução Hermínio a. carvalho. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes, 1996.

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

- _____. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estudo Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de família**. v. 5. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das sucessões**. v. 6. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Dias. **Novos direitos**. Mauro Nicolau Junior, coordenador. Curitiba: Juruá, 2007.
- FERNANDES, Silva da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- FONTELES, Claudio. **Ação direta de constitucionalidade n. 3510**. Petição inicial. 16 mai. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181379&tipo=TP&descricao=ADI%2F3510>>. Acesso em 23 fev. 2010.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FRANCESCHINELLI, Edmilson Villaron. **Direito de Paternidade**. São Paulo: LTR, 1997.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Direito das Sucessões**. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, coordenadores. Belo Horizonte: Dey Rey, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões.** v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** IBDFAM, Minas Gerais, 22 Abr. 2007. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em 13 fev. 2010.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado,** v. 16. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania.** São Paulo: Moderna, 1997.

OMS. **Organização Mundial da Saúde.** Tradução Centro Colaborador da OMS para a Família de Classificações Internacionais em Português - 8. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Paternidade. **Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial.** Belo Horizonte: Dey Rey, 2001.

RIBEIRO, Marina Ferreira da Rosa. **Infertilidade e reprodução assistida: desejando filhos na família contemporânea.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **Responsabilidade Civil do profissional da saúde & consentimento informado**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: **Direito das sucessões**. v. 7. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. **Biodireito em discussão**. Jussara Maria Leal de Meirelles, coordenadora. Curitiba: Juruá, 2007.

SGRECCIA, Hélio. Manual de bioética. **Fundamentos e ética biomédica**. 2. ed. Edições Loyola, 2002.

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

SOARES, José Luís. **Biologia no terceiro milênio 2: funções vitais, embriologia e genética**. São Paulo: Sciopione, 1999.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito civil: **Direito das sucessões**. v. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WORLD Health Organization. **Progress in reproductive health research**. No. 63. 2003. Disponível em <<http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/progress63.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

ANEXO A - RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

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

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

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 - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

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 infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham

sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

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

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

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 infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será,

obrigatoriamente, um médico.

2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações 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 pré-embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.

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

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

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser

criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

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

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

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

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

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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