



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

LARISSA PAULINO MALHEIRO

OS EFEITOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM: O SURGIMENTO DE  
FILHOS GERADOS A PARTIR DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO

SOUSA

2017

LARISSA PAULINO MALHEIRO

OS EFEITOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM: O SURGIMENTO DE  
FILHOS GERADOS A PARTIR DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

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

SOUSA

2017

LARISSA PAULINO MALHEIRO

OS EFEITOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM: O SURGIMENTO DE  
FILHOS GERADOS A PARTIR DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: 16 de Março de 2017.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Msc. Admilson Leite de Almeida Júnior – UFCG – Professor Orientador

---

Prof. Msc. Francisco César Martins de Oliveira - UFCG

---

Prof. Ozael da Costa Fernandes

À minha Mãe, Maria Luzinete Malheiro da  
Silva (*in memoriam*), a plenitude do AMOR  
eterno.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e pela bênção de nascer e crescer no seio de uma família unida e amorosa e que jamais esquece os ensinamentos Dele; pela força que tem me proporcionado durante todo esse tempo a seguir em frente e nunca desistir, por ter acreditado em mim, até nos momentos em que eu mesma não conseguia acreditar na minha força.

Agradeço ao meu pai, Odilon Paulino da Silva, pelo amor, educação, apoio e estímulo, e por fazer de mim tudo que eu sou. Muito obrigada pela forma como você cuidou da nossa família. Tenho muito orgulho de ser sua filha. Um grande exemplo de pai, filho e irmão.

Agradeço aos meus irmãos, Lais Alane e João Rafael, por estarem sempre presentes em minha vida, pela confiança e pelo amor incondicional.

Agradeço ao sobrinho mais amado e lindo do mundo inteiro, Expedito Neto, obrigada por ter me mostrado o amor mais puro e verdadeiro que eu jamais pensei que pudesse conhecer. Você é um dos motivos que faz minha vida ser mais leve.

Agradeço ao meu namorado, Maxmiller Andrade Nóbrega, por ser amigo e companheiro de todas as horas, pela paciência, pelas palavras de estímulo e pelo amor que me dedica. Você foi o melhor presente que apareceu em minha vida.

Agradeço às minhas amigas Dâmaris, Laís, Fernanda, Amanda, Yasmim e Jéssica pelos cinco anos de amizade, pelas conversas diárias e pelos risos trocados a todo momento. Vocês terão sempre um lugar reservado em minhas lembranças.

Agradeço aos demais colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

Agradeço ao orientador e professor Msc. Admilson Leite, pela paciência e atenção, exemplo de ética e comprometimento pelo ensino.

Agradeço também ao corpo docente, à Direção e às Coordenações do Curso de Direito da UFCG.

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

## RESUMO

A reprodução humana assistida consiste em um conjunto de técnicas médicas que tem por finalidade possibilitar aos casais com alguma deficiência no processo reprodutivo, vislumbrarem a paternidade tão almejada. Todavia, não há previsão legal no ordenamento jurídico pátrio que regule a matéria. Nesse contexto, busca-se analisar sobre a fecundação artificial post mortem e suas consequências no âmbito do direito sucessório. Diante do estudo terá como objetivo geral, analisar as relações jurídicas surgidas a partir do nascimento de um indivíduo originado do material genético criopreservado, após a morte de seus genitores. De forma específica, se compreenderá quais as formas de fecundação artificial; estabelecer o paradigma a ser considerado na compreensão do início do surgimento da pessoa natural; e analisar a possibilidade de reconhecimento sucessório, na condição de herdeiros necessários, do indivíduo originado a partir da utilização de material genético criopreservado, após a morte de seu provedor. A pesquisa adotará o método dedutivo e como técnica de pesquisa a bibliográfica. Para tanto, o trabalho monográfico debruça-se sobre uma temática de suma relevância nos dias atuais, por refletir diretamente no Direito Civil brasileiro, haja vista possuir apenas um capítulo reservado a filiação dos filhos concebidos na constância do casamento por meios dessas técnicas. Sendo omissa quanto às implicações decorrentes da implantação do material genético do cônjuge ou companheiro falecido no útero materno, suscitando dúvidas e incertezas quanto aos efeitos da fecundação artificial post mortem. Por último, verifica-se a necessidade de uma legislação infraconstitucional para apaziguar o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sucessão Legítima. Reprodução Assistida *Post Mortem*. Embrião Criopreservado. Reconhecimento Sucessório.

## **ABSTRACT**

The assisted human reproduction consists of a set of medical techniques whose purpose is to enable couples with some deficiency in the reproductive process to see the paternity so desired. However, there is no legal provision in the legal order that regulates the matter. In this context, we seek to analyze post-mortem artificial fertilization and its consequences in the field of inheritance law. Before the study will have as general objective, to analyze the legal relations arising from the birth of an individual originated from the genetic material cryopreserved, after the death of their parents. Specifically, it will be understood which forms of artificial fertilization; Establish the paradigm to be considered in understanding the beginning of the emergence of the natural person; And to analyze the possibility of succession recognition, in the condition of necessary heirs, of the individual originated from the use of cryopreserved genetic material, after the death of its provider. The research will adopt the deductive method and bibliographical research technique. Therefore, the monographic work focuses on a topic of great relevance in the present day, because it reflects directly in the Brazilian Civil Law, since it has only one chapter reserved for the sonship of the children conceived in the constancy of marriage by means of these techniques. Being silent about the implications of implanting the genetic material of the deceased spouse or partner in the mother's womb, raising doubts and uncertainties about the effects of artificial post-mortem fertilization. Finally, there is a need for infra-constitutional legislation to appease the issue.

**KEYWORDS:** Legitimate Succession. Assisted Reproduction Post Mortem. Cryopreserved embryo. Succession Recognition.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. –	Artigo;
CC –	Código Civil;
CF –	Constituição Federal;
CFM –	Conselho Federal de Medicina;
FIVET –	Fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões;
GIFT –	Transferência intratubária de gametas;
ICSI –	Injeção intracitoplasmática de espermatozoide;
IIU –	Inseminação artificial intrauterina;
RHA –	Reprodução humana assistida;
TRA –	Técnicas de reprodução assistida;
ZIFT –	Transferência intratubária de zigoto.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	13
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	13
2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	15
2.2.1 Inseminação artificial intrauterina .....	16
2.2.2 Fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões .....	17
2.2.3 Transferência intratubária de gametas .....	18
2.2.4 Transferência intratubária de zigoto .....	18
2.2.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozóide .....	19
2.3 ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	19
2.4 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL: RELAÇÕES DE PARENTESCO .....	24
<b>3 DIREITO À VIDA</b> .....	28
3.1 DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	28
3.2 DAS PESSOAS NATURAIS .....	30
3.3 DO SURGIMENTO DA PESSOA NATURAL: TEORIA DOUTRINÁRIAS.....	33
<b>4 OS EFEITOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM: O SURGIMENTO DE FILHOS GERADOS A PARTIR DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO</b> .....	33
4.1 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	38
4.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO.....	42
4.3 FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO.....	45
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	49
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	52

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos as ciências médicas têm evoluído em ritmo bastante acelerado, sobretudo na esfera das técnicas de reprodução humana assistida, gerando inúmeros questionamentos doutrinários acerca dos impactos trazidos por tal prática, seja de cunho ético, científico, filosófico e tecnológico, e a forma como se refletem no meio social e no mundo jurídico.

Dentre as gradativas conquistas no campo tecnológico, a técnica de reprodução humana assistida post mortem é assunto polêmico e inovador, visto que através do procedimento denominado criopreservação, faz-se possível a implantação do material genético congelado do genitor no útero materno, ainda que este tenha falecido.

Não há nenhuma legislação constitucional ou infraconstitucional proibindo ou permitindo a hipótese supracitada. Desta maneira, com base no princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, aquilo que não é proibido é permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 assegura ainda o planejamento familiar livre e a igualdade jurídica entre os filhos, inclusive em relação aos métodos de concepção assistida. Assim, os filhos gerados por inseminação post mortem terão os mesmos direitos que os demais filhos, sendo vedadas quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação.

Conquanto, o Código Civil de 2002 tenha reconhecido a presunção de filiação das crianças concebidas pelas técnicas de reprodução assistida, ainda que falecido o marido, é omissis quanto às implicações decorrentes da implantação do material genético do cônjuge ou companheiro falecido no útero materno, suscitando dúvidas e incertezas quanto aos seus efeitos no campo do direito sucessório.

Além disso, a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina traz diretrizes éticas sobre essa possibilidade de procriação, garantindo que não constitui um ilícito ético, desde que haja autorização antecedente do falecido para o emprego do material biológico criopreservado.

Assim, o presente estudo terá como objetivo geral, analisar as relações jurídicas surgidas a partir do nascimento de um indivíduo originado do material genético criopreservado, após a morte de seus genitores.

De forma específica, se procurará compreender quais as formas de fecundação artificial; estabelecer o paradigma a ser considerado na compreensão do início do surgimento

da pessoa natural; e analisar a possibilidade de reconhecimento sucessório, na condição de herdeiros necessários, do indivíduo originado a partir da utilização de material genético criopreservado, após a morte de seu provedor.

Justifica-se a pesquisa perante a ausência de norma expressa na legislação Civil que reconheça o direito sucessório ao filho concebido mediante a prática de reprodução assistida post mortem, gerando intensos debates por parte da doutrina quanto aos efeitos jurídicos desse procedimento.

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos e de viabilizar uma visão geral da temática, a pesquisa adotará na fase de abordagem o método dedutivo, partindo de uma constatação maior, que o direito à vida representa, tipificado no artigo 5º, caput na Constituição Federal de 1988 para a premissa menor, qual seja, a possibilidade de reconhecimento do direito sucessório.

Tem-se como técnica de pesquisa empregada a bibliográfica, concretizada por meio de consultas a legislação, doutrinas, artigos científicos, impressos ou digitais, que se mostraram competentes ao alcance dos objetivos do tema proposto.

A pesquisa é composta em três capítulos nos quais se expõem os fundamentos doutrinários e legislativos imprescindíveis ao tema.

O capítulo primeiro tecerá acerca dos aspectos da reprodução humana assistida e suas principais técnicas, bem como as formas previstas pelo Código Civil de 2002. Em seguida, apresentará as reflexões ético-jurídicas sobre tal prática no direito brasileiro, principalmente nas relações de parentesco.

Por sua vez, o capítulo segundo abordará a respeito do direito fundamental à vida, que constitui o alicerce da República Federativa do Brasil, fazendo um delineamento com o princípio da dignidade da pessoa humana. E logo após, será exposto sobre a pessoa natural, o conceito da personalidade e qual o momento a ser considerado na compreensão do início do surgimento da vida humana para o direito, de acordo com as teorias que tratam sobre o tema.

Por fim, o capítulo terceiro versará sobre os efeitos da fecundação artificial post mortem de filhos gerados a partir de material genético criopreservado, no âmbito do direito sucessório brasileiro, conjuntamente sob a ótica constitucional e os princípios da igualdade jurídica entre os filhos e da liberdade do planejamento familiar, levando em consideração os argumentos apontados por alguns doutrinadores para o reconhecimento do direito sucessório.

Para tanto, o trabalho monográfico debruça-se sobre uma temática de importância significativa para a superação dos problemas apresentados pela sociedade contemporânea, no emprego das técnicas de reprodução assistida, principalmente no que se refere a sua influência

no direito à vida do embrião surgido após a morte de seu provedor, no âmbito do direito de filiação e do direito sucessório.

Assim, espera-se que legislador assuma uma postura exclusiva a fim de regulamentar, de maneira detalhada, as implicações jurídicas decorrentes da reprodução assistida post mortem, buscando orientação na base principiológica da Constituição Federal de 1988.

## 2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

As técnicas de reprodução humana assistida, dada a sua complicação, vêm se destacando cada vez mais nas últimas décadas em decorrência dos progressos tecnológicos e científicos da humanidade. E dentro dessas descobertas, a questão da intervenção genética, fez surgir uma série de indagações no campo ético e jurídico, no qual o ordenamento jurídico brasileiro sofre de uma carência legal.

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde os primórdios, a reprodução humana sempre foi posta em evidência, devido à necessidade do homem em conceber e desenvolver o seu instituto principal, a própria família, assim, o homem transmite seus valores, crenças, origens e etc.

Diante desse desejo do ser humano e das imposições sociais e religiosas presente em toda evolução histórica da humanidade, várias pesquisas científicas foram sendo realizadas no âmbito das ciências médicas com o intuito de solucionar o problema dos casais que não conseguiam um resultado positivo de forma natural, buscando novas alternativas de procriação que se apresentam no mundo moderno, por meio do desenvolvimento tecnológico aplicado por meio das novas técnicas de reprodução artificial.

Inicialmente, faz-se necessário expor uma breve introdução terminológica sobre a conceituação prática da reprodução humana assistida (RHA). A reprodução humana assistida trata-se de um “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana” (BERALDO, 2012).

A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina institui no Capítulo I, artigo 1º, que “as técnicas de reprodução humana assistida têm a função de suprir o problema da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação e de perpetuação da espécie quando outros métodos tenham sido ineficazes para solucionar a questão”.

Desta forma, a RHA consiste em um conjunto de técnicas médicas que tem por finalidade suprir alguma deficiência no processo reprodutivo, nos casos de esterilidade, seja do gênero masculino ou feminino.

Segundo o Especialista em Reprodução Humana, Roger Abdelmassih (2009, p. 1), as técnicas de reprodução assistida (TRA) podem ser subdivididas em métodos de baixa e métodos de alta complexidade.

Entre as técnicas de baixa complexidade podemos incluir o coito programado e a inseminação intra-uterina (IIU), que apresentam a vantagem de menores custos, além de não precisarem ser realizadas em centros de reprodução assistida. Entre as técnicas de alta complexidade incluímos a fertilização in vitro (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozóide (ICSI) (em inglês, intracytoplasmatic sperm injection). (ABDELMASSIH, 2009, p.1)

Depreende-se da análise das palavras do referido autor, que as técnicas de reprodução humana assistida (TRAs) se subdividem, portanto, em duas categorias principais: a inseminação artificial e a fertilização in vitro. A primeira é aquela em que o procedimento da concepção se “realiza in vivo no próprio corpo da mulher”. Enquanto que a segunda categoria, fertilização in vitro ou fertilização artificial, a concepção é realizada de forma laboratorial, “fora do corpo feminino, onde apenas irá ocorrer a implantação dos embriões já fecundados” (VILAS-BOAS, 2011).

Com relação às técnicas de alta complexidade, a fertilização in vitro (FIV), objeto central do presente estudo, será analisado posteriormente; a guisa de informação faz-se necessário esclarecer que há outras técnicas tidas como de alta complexidade, tais como: a clonagem, a barriga de aluguel, entre outras.

No que tange ao material reprodutivo, este se divide em homóloga e heteróloga a depender do material genético utilizado. Madaleno (2010, p.59), explica, com exatidão, que “quando o sêmem é do marido ou companheiro, a inseminação artificial é designada homóloga e no caso de recurso de um doador, a inseminação artificial é heteróloga”.

Além disso, é possível que ocorra a inseminação artificial com o sêmen do marido ou companheiro já falecido, em decorrência do procedimento da criopreservação. Nesta técnica, os gametas masculinos são congelados e conservados em laboratório para posterior utilização.

Nas lições de Scalquette (2010, p. 65):

[...] fato facilmente constatável na atualidade é, portanto, componente da fenomenologia jurídica de nosso tempo, a prática de manobras de técnica e de ciência médica tendentes a realizar, por meio artificiais, a fertilização de novos seres humanos pela manipulação de material genético.

Nota-se, portanto, que nos dias atuais, em matéria de reprodução humana, é crescente a procura pelos casais desses métodos de procriação. Vale ressaltar, que esses procedimentos médicos não são procurados unicamente com o fim de procriação, mas também, com o intuito de desviar-se das doenças hereditárias, priorizando pela longevidade e pela saúde da criança a ser gerada.

É importante analisar a respeito desses tipos de procedimentos no campo bioético. Para Leo Pessini e Christian de Paul Barchifontaine (1994, p. 11) “a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida”

Leciona autora Maluf (2013) que estabelece-se, todavia, um grande conflito bioético entre a liberdade de investigação científica e os direitos humanos, devendo, zelar-se pela vida e pela dignidade humana em todos os seus momentos, desde a concepção, até seus momentos finais.

Diante do que fora exposto, percebe-se que há várias TRAs de procedimento a serem utilizadas de acordo com os tipos de esterilidades. Todavia, para alcançar o bom desenvolvimento do trabalho, serão feitos alguns esclarecimentos pertinentes sobre as modalidades de técnicas de reprodução assistida mais conhecidas na atualidade, obtendo, assim, uma melhor compreensão sobre o emprego dessas técnicas reprodutivas.

## 2.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Como exposto anteriormente, a reprodução humana assistida pode ocorrer de várias formas diferentes de procedimento. De antemão, cumpre-se apontar uma diferença conceitual entre as expressões fecundação, inseminação e concepção. Vejamos:

Aponta Scalquette (2010, p.66):

A palavra *fecundação* vem do latim *fecundatio*, proveniente do verbo *fecundare*, que significa ‘fertilizar’, sendo entendida como a fase de reprodução consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A palavra



*inseminação* tem origem no verbo *inseminare*, composto por *in* - dentro- e *semem* - semente, significando a colocação do sêmen na mulher.

Nesse sentido, dado o conceito da palavra fecundação têm-se que nele está incluso, de tal maneira, tanto a fecundação artificial (através da fertilização *in vitro* ou da inseminação no próprio corpo da mulher), quanto a natural.

Com relação à nomenclatura concepção, aduz Maluf (2013, p. 198) que “ocorre no momento posterior ao da fecundação, representando o produto derivado da mistura de material genético entre os pais”.

Realizado esses esclarecimentos, passa-se a discorrer sobre as técnicas de reprodução humana assistida mais conhecida: a inseminação artificial intrauterina (IIU); a fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE); a transferência intratubária de gametas (GIFT); a transferência intratubária de zigoto (ZIFT) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI).

### 2.2.1 Inseminação artificial intrauterina

A inseminação artificial trata-se de uma técnica de baixa complexidade, por conseguinte, é a mais simples entre as técnicas de reprodução humana assistida e seu procedimento se dá dentro do próprio corpo da mulher e não de forma laboratorial.

Essa técnica dispensa o exercício sexual já que “consiste na introdução artificial de espermatozoides no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter” (MALUF, 2013, p. 198), objetivando, assim, uma possível gravidez.

Para Scalquette (2010, p. 70) esse tipo de procedimento é “indicado para os casos de incompatibilidade do muco cervical, deficiência seminal leve, alterações na ovulação ou na concentração espermática (volume seminal e motilidade dos espermatozoides).”

Desta forma, para que tal técnica logre êxito é preciso que o aparelho genital feminino funcione definitivamente normal, facilitando a elevação dos espermatozoides para o interior do útero materno.

### 2.2.2 Fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões

Ao contrário do que ocorre com a inseminação artificial intrauterina onde a mesma se dá no corpo da mulher, a fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE) ocorre em laboratório, postas em um meio de cultura adequada, acarretando a fertilização do óvulo pelo espermatozoide para posterior implantação de embriões no interior do útero materno.

Essa técnica, segundo Maluf (2013, p. 199):

Ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. Geralmente, a ovulação é estimulada por hormônios, resultando na formação de vários folículos maduros, sendo os óvulos colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal. Após serem colocados juntamente com os espermatozoides num recipiente denominado placa de Petri, são finalmente fecundados. O processamento se dá em um ambiente com 5% de CO<sup>2</sup> e temperatura de 37°, para depois de 24 a 48 horas serem transferidos para a cavidade uterina os embriões formados, contendo já de 4 a 8 células.

Arremata Scalquette (2010, p.71) “que esse tipo de procedimento é indicado para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou ovários policísticos”.

A guisa de informação, em 25 de Julho de 1978, na Inglaterra nasceu à primeira criança concebida pela técnica de fertilização in vitro, Louise Joy Brow. A partir desse progresso nas ciências médicas, só aumentou a procura de pessoas expectantes que sofrem de alguma deficiência no processo reprodutivo. No Brasil, em 07 de Setembro de 1984, na cidade de São José dos Pinhais – PR, nasceu o primeiro bebê de proveta, Ana Paula Bettencourt Caldeira, sob direção do Dr. Milton Nakamura (THOMÉ, 2014).

É importante registrar que os embriões concebidos por manipulação genética e que não foram fecundados no útero da mulher, ficando armazenados nas clínicas, são denominados de embriões excedentários. A Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina no Capítulo I “Princípios Gerais” institui, no item 6, que “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 existentes de multiparidade.”

Destaca Namba (2009), que na referida Resolução, são apresentados três diferentes destinos para os embriões excedentários, podendo ser doados para outro casal com problemas

de fertilização, mas nunca com o intuito de caráter lucrativo ou comercial, bem como os doadores não devem ter conhecimento da identidade dos receptores e vice-versa (Capítulo IV – Doação de Gametas ou pré-embriões -, respectivamente itens “1” e “2”); congelados, pelo prazo máximo de três anos, com base na Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/05, ou utilizados para fins de pesquisa.

### 2.2.3 Transferência intratubária de gametas

Essa técnica foi idealizada como uma forma alternativa à FIVETE (fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões), pelo médico Ricardo Ash, e é sugerida para casais em que a mulher tenha, ao menos, uma trompa funcionalmente proveitosa.

Expõe Santos (2005, p. 397) que “durante o GIFT, os espermatozoides e oócitos são aproximados e transferidos para a tuba. Assim, o processo de fertilização poderá ocorrer naturalmente à luz desse órgão.”

Trata-se, portanto, de uma técnica de fecundação artificial intracorpórea que consiste na transferência dos gametas masculinos e femininos, para dentro da trompa uterina da mulher, conhecida como trompa de Falópio.

### 2.2.4 Transferência intratubária de zigoto

Os procedimentos efetuados nessa técnica artificial de reprodução humana assistida são parecidos com as etapas realizadas na FIVETE. Para Maluf (2013, p. 199) a transferência intratubária de zigotos (ZIFT), “consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta com sêmen do marido ou de doador, para depois introduzir o embrião diretamente em seu corpo, em seu útero ou no de outra mulher”.

Nesta técnica, a transferência só irá acontecer quando a célula fusionada estiver no seu estágio embrionário de duas células. Assim, os óvulos fecundados (zigotos) são transferidos para a trompa uterina.

### 2.2.5 Injeção intracitoplasmática de espermatozoide

A injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI) trata-se de uma fertilização in vitro, onde ocorrerá a injeção de um único espermatozoide no interior do óvulo. O embrião resultante dessa técnica é, portanto, transferido para o útero da mulher.

Com base ainda nos ensinamentos de Maluf (2013, p.199):

A injeção intracitoplasmática de espermatozoide, por sua vez, envolve a injeção de um espermatozoide diretamente no citoplasma de um ovócito maduro por meio de um aparelho especialmente desenvolvido, que contém microagulhas para a injeção.

Essa técnica é inviável em casos de infertilidade resultante de tuba uterina bloqueada ou no caso de oligospermia (número reduzido de espermatozoides).

Considerando, contudo, o que foi levantado sobre as técnicas de reprodução assistida, nota-se que a escolha da técnica a ser empregada vai depender do tipo da situação fática de cada pessoa, isto é, de acordo com as dificuldades físicas que apresentar. É mister lembrar sempre do tipo de material genético utilizado nessas práticas, já exposto anteriormente, que poderá ser homóloga ou heteróloga.

## 2.3 ASPECTOS ÉTICO-JURÍDICOS SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO

É evidente no próprio contexto de evolução a grande interferência da tecnologia na existência humana, causando riscos e benefícios para a realidade social. Por essa mesma razão, na medida em que as ciências médicas crescem, é visível o impacto dos seus reflexos tanto na esfera social quanto no econômico, assim imprescindível se torna a análise da reprodução humana assistida no campo ético e jurídico.

Nesse interim, exsurge a bioética, ciência destinada a estudar o “comportamento moral do homem em relação às ciências da vida” (CONTI, 2004, p. 5), com o intuito de favorecer o diálogo e evitar confrontos, notadamente no que tange aos assuntos relacionados à biomedicina. Segundo os ensinamentos de Leite (2001, p. 104):

Não resta dúvida que foi o desenvolvimento explosivo das ciências tecnológicas no campo biomédico que forçou a renovação da reflexão ética e das problemáticas daí oriundas. Médicos e juristas, filósofos e assistentes sociais foram compelidos a sentar juntos para discutirem uma possível tomada de decisão. Não mais, porém, uma decisão individual ou restrita a um setor de indagação científica, mas, ao contrário, uma decisão suficientemente ampla, capaz de, na sua interdisciplinaridade, apresentar uma solução a toda condição humana.

[...] o desenvolvimento de novas tecnologias ao serviço da vida ou da saúde colocou em cheque as referências e medidas habituais e os fundamentos da moral e da deontologia que figuravam nos códigos jurídicos que regulavam a conduta humana (LEITE, 2001).

Nota-se, entretanto, que o estudo do comportamento humano frente às ciências da vida e da saúde, deve ser averiguado em detrimento dos princípios e valores morais, almejando sempre a proteção ao ser humano e a sua dignidade.

Nos dizeres de Loureiro (2009, p.3), a bioética “é um ramo da ética que estuda como as descobertas científicas devem ser utilizadas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.”

A bioética sustenta-se em quatro princípios fundamentais: o da autonomia, da beneficência, da não maleficência e o da justiça.

Barreto (2014, p.1) leciona que “o princípio da autonomia estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade da pessoa humana, representando a afirmação moral de que a liberdade de cada ser humano deve ser resguardada”.

Assim, o princípio da autonomia diz respeito à valorização da vontade de cada paciente ou representante em suas escolhas e opiniões, ou seja, cada ser humano é livre para decidir sobre a própria vida, sem qualquer interferência externa, de acordo com seus valores. Desse princípio decorre o princípio do consentimento livre e informado.

O segundo princípio fundamental da bioética consiste no princípio da beneficência e está relacionado ao atendimento dos profissionais da área da saúde em relação aos interesses e preocupações do paciente, objetivando o seu bem-estar e a impedir as lesões. Tal princípio “traduz na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos”. (NAMBA, 2009, p. 11)

Por outro lado, o princípio da não maleficência é bastante conexo ao da beneficência e, baseia-se no comprometimento dos profissionais “[...] de não acarretar dano intencional e deriva da máxima da ética médica: *primum non nocere*.” (DINIZ, 2002, p. 15)

Por fim, o princípio da justiça ou da equidade situa-se sob a ótica da coletividade e da imparcialidade na repartição justa de recursos da prática médica, com o intuito de garantir que a ciência seja justaposta para todos, sem qualquer forma de discriminação. Segundo Barreto (2014, p. 2), “a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal”.

Dessa forma, na utilização das técnicas de reprodução humana assistida devem-se considerar os princípios da bioética. Acontece, entretanto, que para o direito, tais princípios não tem força coercitiva, incumbindo-o para tanto o dever de regulamentar tais práticas, por tratar-se da ciência que tem por finalidade regular as ações humanas no meio social, através das normas positivas do Estado.

Na visão de Loureiro (2009, p.11),

[...] não pretende o direito frear a evolução científica, que visa à melhoria das condições de vida da humanidade e à amenização do sofrimento das pessoas. Todavia, a evolução da ciência deve caminhar juntamente com o respeito à dignidade da pessoa humana como um fim em si mesmo, único e irrepetível.

Assim, em face dos avanços científicos e ante a falta de regulamentação surge o biodireito, novo ramo do direito, apto a estudar juridicamente as novas técnicas de manipulação da vida humana. Nos dizeres de Cunha e Ferreira (2008, p. 5):

O biodireito é um ramo do direito público que tem o objetivo de analisar amplamente as teorias, a legislação e a jurisprudência concernentes à regulamentação da conduta humana, mormente no que se refere aos avanços tecnológicos ligados à Medicina e à Biotecnologia.

Aponta Pereira (2006, p. 9), que é estritamente evidente a correlação entre o mundo jurídico com as ciências biológicas:

Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem o pressuposto fisiológico das relações sexuais, uma série de implicações jurídicas eclode, como seja a indagação da legitimidade do filho, a necessidade de autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou a sua realização sem o conhecimento de fato por algum deles, ou a necessidade de reconhecimento ou declaração da paternidade.

Estudos recentes na doutrina brasileira enfrentam com coragem aspectos jurídicos relevantes relativos ao tema. A ausência de uma regulamentação legal impõe o desafio ao jurista de participar das avaliações científicas

indicando os elementos ético-jurídicos que deverão orientar a pesquisa. Não deve ser ele, apenas, um mero elaborador de normas proibitivas.

Nesta esteira de pensamento, nota-se que entre tantos temas relevantes para a sociedade contemporânea, em matéria de biodireito, a questão da condução da vida e dos avanços científicos, ainda não são totalmente resolvidas pelo direito, precisando encontrar um ponto de equilíbrio para possível solução dos problemas.

Diante desse impasse e buscando solucionar o problema a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, impôs limites e restrições as técnicas de reprodução assistida, instituindo no título I – Princípios Gerais – no item 6, *in verbis*:

As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

Pode-se destacar que o intuito principal da Resolução nº 1.957/2010 do CFM é buscar solução para os problemas de infertilidade humana. Embora, se trate de um documento de grande relevância para a classe médica, por trazer em seu bojo diretrizes éticas para os profissionais da área, não é suficiente para disciplinar os problemas que podem surgir do uso das técnicas de reprodução humana.

Não obstante, em matérias relacionadas ao biodireito, sobretudo a respeito da reprodução assistida, devem-se observar os princípios consagrados na Constituição Federal 1988, tendo como princípios norteadores o da dignidade da pessoa humana e da legalidade e, constituindo o alicerce de todo o ordenamento jurídico.

Na ótica do ordenamento jurídico pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 consiste em um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito já que dele decorrem outros direitos fundamentais.

Segundo Azevedo (2002, p.14) “o princípio jurídico da dignidade como fundamento da República exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.” Em outras palavras, à vida, entre os direitos fundamentais, é o bem de valor superior. Consequentemente, na utilização das técnicas de reprodução artificial deve-se observar o princípio enunciado.

O princípio da dignidade da pessoa humana se consubstancia com os princípios da liberdade, da igualdade e da integridade física. A propósito, é livre a decisão do casal de constituir uma entidade familiar. Nesse aspecto, certifica o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal que:

Art. 226 (...)

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

O Código Civil de 2002 reafirma no artigo 1.565, § 2º, 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”.

Assim, a dignidade humana manifesta-se como fundamento e o fim constante da existência do Estado brasileiro, assegurando o desenvolvimento pleno de suas atividades para que as pessoas possam ser resguardadas em sua integridade física e moral, conforme dispõe o artigo 196 da Constituição Federal de 1988: “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”.

Conforme o pensamento de Sanchez apud Krell (2006, p. 103)

O primeiro dos valores considerados como fundamento para a utilização dessas técnicas é a liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente; ao contrario, 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.

Em suma, o fundamento para dispor de qualquer técnica de reprodução assistida, desde que a Lei não proíba (Art. 5º, II, CF/88), traduz-se no princípio do planejamento familiar livre. Ainda com relação ao tema, dispõe o artigo 218 da Constituição Federal de 1988 que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.



## 2.4 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL: RELAÇÕES DE PARENTESCO

Em meados do século XX, vigorava, no Brasil, o Código Civil de 1º de Janeiro de 1916. Esse documento fazia uma diferença entre os filhos legítimos dos ilegítimos. Eram considerados filhos legítimos os concebidos na constância do matrimônio, em contrapartida, os que fossem concebidos fora do matrimônio, ou seja, fruto de uma relação extramatrimonial, eram considerados ilegítimos.

Prevvia o artigo 332 desse do referido diploma, que o parentesco era legítimo ou ilegítimo, segundo procedesse ou não do casamento, e natural ou civil, conforme resultasse de consanguinidade ou adoção.

Com base no artigo 338 do Código Civil de 1916:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento: I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339). II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Extraí da dicção do artigo que aqueles que nascessem fora desses prazos eram filhos ilegítimos.

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi atribuído tratamento igualitário entre os filhos. Dessa forma, aquela distinção que havia entre os filhos foi revogada, sendo vedada qualquer demonstração de discriminação, é o que prevê o artigo 227, § 6º, CF:

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

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

Além de reconhecer a igualdade entre os filhos, instituiu outra novidade ao consagrar o pluralismo familiar, bem como igualou os direitos do homem e da mulher.

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Percebe-se, que com o decorrer dos tempos o conceito de entidade familiar foi modificado, deixando à margem o antigo modelo conservador, prezando mais pela afetividade.

O Código Civil de 2002 trouxe, no artigo 1.596, as regras que dizem respeito ao direito de filiação e sucessão, em conformidade com os preceitos constitucionais: “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”.

De acordo com, Scalquette (2010, p.80)

As relações de parentesco são estabelecidas entre ascendentes e descendentes, entre pessoas que provêm de um mesmo tronco comum sem descenderem umas das outras – como é o caso dos colaterais-, entre cônjuge ou companheiro e os parentes do outro – ao que se conhece por vínculo da afinidade -, por vínculo civil – no caso de adoção – ou por outra origem, a exemplo do que se tem na filiação decorrente de reprodução assistida em que é utilizado material genético de terceiro.

Observa-se que as relações de parentesco podem resultar da lei, de afinidade, civil ou de outra origem. Em breves palavras pode-se definir parentesco coma a relação vinculatória existente entre pessoas, procedendo em direitos e deveres mútuos.

Isto posto, o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 trata da presunção de filiação dos filhos concebidos na constância do casamento decorrentes da reprodução assistida, a saber:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Da redação do dispositivo, notadamente às técnicas de reprodução assistida, o legislador conferiu a presunção de filiação na contumácia do matrimônio em três proposições. Prevê no inciso III a respeito da técnica de fecundação artificial homóloga, cujo procedimento se utiliza do material reprodutivo do próprio casal. Nesta situação, consolidada a procriação, é evidente a presunção legal de paternidade da criança concebida. Ponto interessante repousa sobre a possibilidade da fecundação vim acontecer após o falecimento do marido ou companheiro.

Sobre esse assunto a I Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado nº 106 com a seguinte redação:

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 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 27).

Tal posicionamento é compartilhado por alguns doutrinadores, dentre eles podemos citar Dias (2009) e Lôbo (2009), cujo fundamento decorre do princípio da autonomia da vontade, sendo necessário o expresso consentimento do marido para que o procedimento seja realizado após o seu falecimento.

O inciso IV, menciona acerca da presunção de filiação dos embriões excedentários, privilegiando apenas aqueles havidos pela técnica de fertilização in vitro homóloga, isto é, utilizando-se do material reprodutivo do próprio casal. Se porventura, o marido ou companheiro vier a óbito a implantação dos embriões só será possível se houver documento escrito, expressando a sua vontade.

O Conselho de Justiça Federal, no Enunciado nº 107, se posicionou da seguinte maneira, sobre o inciso em comento:

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 (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 27).

Por último, o inciso V, versa sobre a técnica de fecundação artificial heteróloga, que se utiliza de material genético de terceiros. No entanto, para que seja caracterizada a formação do vínculo entre pai e filho, também é necessário à anuência do marido ou companheiro.

Por fim, observa-se que o Código Civil 2002 não instituiu a possibilidade de paternidade post mortem para esse tipo de reprodução, ao contrário dos incisos III e IV.

### 3 DIREITO À VIDA

O presente capítulo abordará sobre o direito à vida, sob direção aos dispositivos de leis, analisando o posicionamento adotado pelo Brasil, na questão principal que a tutela da vida representa, sem o qual nenhum outro direito será garantido.

Ademais, para uma melhor compreensão sobre o tema, será exposto o que vem a ser a pessoa natural, o conceito de personalidade e a partir de que momento se dá o surgimento da vida humana para o direito, levando em consideração as diversas posições doutrinárias decorrentes das teorias que abordam sobre o início da personalidade jurídica.

#### 3.1 DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O direito à vida encontra-se previsto no Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos – artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, constituindo de importância crucial para a humanidade e para o ordenamento jurídico, porquanto que é através dele que emanam os demais direitos fundamentais à pessoa humana, a exemplo dos direitos à liberdade, à saúde, à igualdade, entre outros.

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

O direito à vida ainda encontra-se previsto no artigo 225, § 1º, inciso V, da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:  
(...)

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Trata-se, portanto, de uma cláusula pétrea, e que deve ser resguardada pelo Estado contra qualquer ato que tenha por finalidade eliminá-la, uma vez que a vida só deve ser interrompida por causa natural, competindo ao Poder Público criar mecanismos de proteção e de defesa adequados ao meio social em que convivemos.

O texto constitucional afirma em seu art.5º, XLVII, *a*, que “não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Pois bem, por mais desumano que seja o crime praticado, o direito à vida por ser um bem jurídico inviolável, deve ser protegido.

Nas palavras de Diniz (2002, p. 21-22):

A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma.

Em que pese o direito à vida ser um direito fundamental, absoluto e inerente à condição do ser humano, é notória a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que concretizada à existência, esta deve ser desenvolvida com respeito e garantia a um nível de vida digna, com promoção à saúde, educação, lazer e com vistas a impedir qualquer tratamento degradante, razão pela qual é primordial tecer alguns esclarecimentos sobre esse princípio.

Nessa mesma linha, afirma o autor Carvalho (2001, p. 114):

A dignidade humana possui dupla dimensão: uma negativa e outra positiva. A primeira impede que a pessoa venha a ser objeto de ofensas e humilhações – neste sentido, estabelece o próprio texto constitucional que ‘ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante’ (Art. 5º, III). Já a dimensão positiva assegura o pleno desenvolvimento de cada ser humano, reconhecendo-se sua autodeterminação, livre de quaisquer interferências ou impedimentos externos.

Desta forma, conclui-se, que constitui como fundamentos da República Federativa do Brasil a proteção do direito à vida em todas as suas formas. Menciona o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988:

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

[...]

III- a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, tem-se que o direito à vida apoia-se na garantia social da dignidade da pessoa humana, em harmonia com outros direitos fundamentais. É sabido que falar sobre a vida humana e o seu início, é um assunto muito delicado e que envolve debates de cunho ético, social, religioso, filosófico, etc.

No entanto, no atual estágio em que vivemos em que a ciência se revela bastante avançada, é de grande relevância esse estudo, principalmente no que diz respeito às novas técnicas de reprodução humana, tendo em vista que não há uma legislação específica que determine o início da vida.

### 3.3 DAS PESSOAS NATURAIS

Antes de adentrar ao estudo do surgimento da pessoa natural, e a partir de que momento a vida humana se inicia, é imprescindível entender o que vem a ser a pessoa natural para o ordenamento pátrio.

É evidente que a vida em sociedade se forma entre indivíduos, que são os sujeitos das relações jurídicas, a ser regulada pelo direito. Todavia, há duas espécies de pessoas asseguradas na ordem jurídica: a pessoa natural (o próprio ser humano) e a pessoa jurídica (grupo de pessoas naturais com interesses em comum).

De acordo com Diniz (2002, p. 116):

Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direitos. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Em resumo, para Farias e Rosendal (2015, p. 257):

A pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República Federativa do Brasil, sendo à base de todo o sistema jurídico. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem. E a nenhum ser humano é possível subtrair a qualidade de pessoa, enquanto sujeito de direito. Por isso, todo ser humano (isto é, toda pessoa natural) é dotado de personalidade jurídica, titularizando relações jurídicas e reclamando uma proteção básica e fundamental, compatível com a sua estrutura biopsicológica.

Apreciando o conteúdo citado, pode-se destacar que toda pessoa ao nascer com vida possui personalidade jurídica, considerada como sujeito de direito. O autor Beviláqua apud Gonçalves (2014, p. 94) define a personalidade como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e obrigações”. Dessa forma, percebe-se que a ideia de pessoa está estritamente vinculada a personalidade jurídica.

Contudo, nem todas as pessoas podem desempenhar os atos da vida civil pessoalmente, como por exemplo, os recém-nascidos e os amentais, por não possuírem capacidade de fato, precisando de alguém para representá-los ou assisti-los, por isso são chamados de incapazes. Neste caso, estamos diante da capacidade limitada ou relativa, uma vez que precisa de uma outra pessoa para atender a sua vontade. Por outro lado, quem possui as duas espécies de capacidade, de fato e de direito, tem capacidade plena.

O Código Civil de 2002, no Livro I da Parte Geral, capítulo I, dispõe acerca das pessoas naturais, como sujeitos de direitos e deveres. Prescreve o art. 1º desse documento: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Assim, a pessoa natural é compreendida como o ser humano que, nascendo com vida, adquire personalidade jurídica.

Cumprindo indagar em qual momento pode-se considerar o ser de vivo, a questão é polêmica, deparando com várias divergências e questionamentos a esse respeito.

A Lei nº 12.376/2010 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – apresenta em seu art. 7º: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

No âmbito nacional, tais regras encontram-se previstas no art. 2º do Código Civil de 2002, com a seguinte redação: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Em se tratando da nomenclatura do nascimento, preleciona Farias (2015, p. 259),

Nascido é o feto separado do corpo da mãe (natural ou artificialmente). Comprova-se o nascimento com vida através da presença de ar nos pulmões, pela respiração, por meio de um procedimento médico denominado docimasia hidrostática de Galeno ou docimasia pulmonar. Ou seja, é a



presença do ar atmosférico nos pulmões que determina o início da personalidade. Assim, respirou, nasceu com vida.

Observa-se, desde logo, que dois são os requisitos essenciais para o reconhecimento da personalidade civil, qual seja o nascimento e a vida.

Nesta ordem de ideias, pode-se aduzir que o nascituro, por enquanto, não possui autonomia biológica, isto é, vida própria, posto que ainda não foi separado do ventre materno. De Plácio e Silva (2006, p. 942) compreende o nascituro como:

[...] o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa. Embora o nascituro, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido como, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem, pela concepção.

Com esteio nas reflexões oferecidas pelos renomados autores, conclui-se de forma breve, que entre a fase da concepção até o nascimento, temos o que chamamos de nascituro. Por outro lado, no que concerne á técnica de fertilização in vitro, a mesma terminologia só poderia ser empregada ao embrião se já houvesse sido implantado no útero, e como uma confirmação da gravidez.

É de extrema importância destacar a proposta de alteração da redação do art. 2º do Código Civil ao Congresso Nacional, Projeto de Lei nº 6.960/2002, pelo Deputado Ricardo Fiúza, para que o dispositivo abarque também a figura do embrião, ficando da seguinte forma: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro.” No que se refere a situação da tramitação do Projeto de Lei, encontra-se arquivado.

A referência do termo embrião foi indicação de Diniz, citando que por mais que o embrião não possa ser considerado nascituro antes de “implantado e viabilizado no ventre da mãe, também é sujeito de direitos”. Assim, ao nascituro ou embrião já incluem os direitos de personalidade, “visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro”.

Chinellato e Almeida apud Maluf (2013, p. 173) pactua com o entendimento de que “o conceito de nascituro abrange tanto o que está no ventre materno, como o embrião pré-implantatório, in vitro ou criopreservado, diferenciando-se a capacidade de cada um.” Aduz

ainda a referida autora (2013, p. 174) que no estágio atual da sociedade, com os progressos da reprodução assistida, “o embrião pré-implantatório, poderá ser denominado nascituro pré-implantatório, o que não lhe retira a qualidade de ser humano”.

Contudo, essa questão não é pacífica, pois a grande parte dos doutrinadores afirmam não ser cabível tal comparação, ao passo que o embrião se desenvolve externamente (extrauterina), ao contrário do nascituro, não sendo abrangido, por conseguinte, pelo art. 2º do Código Civil de 2002.

### 3.4 DO SURGIMENTO DA PESSOA NATURAL: TEORIAS DOUTRINÁRIAS

Como visto anteriormente, na ótica do ordenamento jurídico pátrio, para que a pessoa adquira a personalidade natural, faz-se necessário o seu nascimento com vida, contraindo e transferindo direitos, como os direitos sucessórios. Contudo, o Código Civil protege os direitos do nascituro, aquele ser humano já concebido e que ainda não veio ao mundo.

A problemática do nascituro incide na sua situação jurídica, se é considerado pessoa ou não no momento da sua concepção. Para tanto, três teorias serão abordadas em relação ao tema: a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria pré-concepcionista (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2006).

A primeira teoria, a natalista, baseia-se na interpretação literal do texto legal previsto no artigo 2º do Código Civil de 2002, “a personalidade jurídica da pessoa começa do seu nascimento com vida”, sendo evidenciada através da respiração. Para os simpatizantes dessa teoria, a exemplo de Rodrigues (2002), Venosa (2001) e Pereira (2002), o nascituro trata-se de um mero expectador de direitos, e não pessoa, não adquirindo, portanto, personalidade jurídica.

Nas palavras de Rodrigues (2002, p.36):

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Esse posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DE SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARA DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS A IRMA DO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JÁ NASCIDO (STF, 2ª T., RE 99038, Rel. Min. Fernando Rezek, j. 18/10/1983, p. DJ 05/10/1984)

Neste contexto, a personalidade jurídica do nascituro incide ao seu nascimento com vida, mas pelo simples fato de já existir tem seus direitos legalmente resguardados.

Em contrapartida, a segunda teoria, denominada concepcionista, influenciada pelo direito francês, defende o conceito de que a personalidade jurídica existe desde a concepção, ou seja, antes mesmo do seu nascimento, admitindo o nascituro como pessoa humana, ressalvados os direitos patrimoniais.

Aduz Chinellato e Almeida (2000, p. 168-169)

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

Para os adeptos dessa teoria, a título de exemplo, Diniz (2002) e Chinellato e Almeida (2000), os interesses do nascituro, desde a sua concepção devem ser assegurados, entretanto, a condição do nascimento convém tão-somente para concretizar a sua capacidade jurídica, figurando como sujeito de direitos e obrigações.

Institui Diniz (2002, p.137) que “se nascer com vida adquire personalidade material, mas se tal não ocorre nenhum direito patrimonial terá.” Desta forma, é evidente que dentro da teoria concepcionista há uma distinção entre a personalidade jurídica em sentido formal (existencial) da personalidade jurídica em sentido material (patrimonial).

Assim, vislumbra-se que o nascituro é apenas titular de direitos da personalidade jurídica em sentido formal, inerentes antes mesmo do seu nascimento, como o direito de nascer, ao nome, à imagem, alimentos e a proteção jurídica à vida, ainda que os direitos patrimoniais fiquem dependentes ao nascimento com vida.

Traz força à tese concepcionista o Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil, Artigo 2º, com a seguinte dicção: “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”

O Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a referida teoria, em que pese ultraje aos direitos da personalidade, reconhecendo a possibilidade de o nascituro ter direito à indenização por danos morais:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ, 4ª T., REsp 399028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/02/2002, p. DJ 15/04/2002, p. 232)

Diante da análise do julgado acima, ao fazer jus ao nascituro à reparação ao dano moral atribuiu-se a sua personalidade jurídica, ao passo que para constituir o dano moral é necessário que haja ofensa ou violação ao direito da personalidade.

Nessa linha de intelecção, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica - 1969), do qual o Brasil é signatário, apregoa expressamente no artigo 4º, 1, a proteção ao nascituro: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei, e em geral a partir da concepção.” Arremata a Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948, em seu artigo 4º, que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Há entendimentos de que essa teoria subdivide-se em: doutrina verdadeiramente concepcionista e doutrina concepcionista da personalidade condicional. A primeira, anteriormente apresentada, conferindo a personalidade do nascituro a partir da concepção. Já a segunda, confere a personalidade na ocasião do nascimento, contudo conta-se desde concepção. Elucida Pamplona Filho e Meirelles Araújo (2007, p 39):

[...] conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua

concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurado a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

Para os autores, a teoria da personalidade condicional, como a própria denominação já sugere, sustenta que o nascituro é pessoa condicional, todavia sendo esta de natureza suspensiva, pois só adquirirá a sua personalidade com o nascimento com vida, ao contrário, se tal evento não incidir o nascituro é mero expectador de direito.

São adeptos dessa teoria Monteiro (2007), Bevilaqua (1998), Freitas (2013). Conforme aduz Monteiro (2007, p. 64):

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição de personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.

Por fim, a teoria pré-concepcionista, estabelece que a capacidade de direito advém antes mesmo da nidação, ou seja, antes da implantação do zigoto ou ovo no útero materno. Conforme leciona Ulhôa (2003, p. 148) “desde o momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo, seja in vitro ou in útero, estariam preenchidas todas as condições para se considerar existente um novo ser”.

Sob esse liame, o ser humano na forma de embrião pelas técnicas de reprodução artificial, antes mesmo da concepção é considerado sujeito de direito. Do mesmo modo, os embriões criopreservados (congelados), por esta teoria, são sujeitos de direito.

Cumprido dizer que essa teoria é fruto dos progressos tecnológicos e das ciências humanas acarretados nas últimas décadas. Não há registro de nenhuma legislação que adote esta teoria. E para sua possível efetivação à seara do Direito, seria imprescindível fazer modificações no ordenamento jurídico, nas doutrinas e nos preceitos culturais. Outra questão seria em instituir o momento da fecundação in útero, e conseqüentemente, o momento da atribuição da personalidade jurídica.

Dentre as teorias apresentadas, verifica-se, que do ponto de vista social, a tese natalista, adotada pelo Código Civil de 2002 e pelo Supremo Tribunal Federal, encontra-se

totalmente rechaçada em relação à evolução da ciência da biológica, haja vista às novas técnicas de reprodução humana assistida e a proteção dos direitos do embrião.

Por outro lado, é a teoria concepcionista que garante uma maior segurança e equilíbrio ao nascituro, ressalvados os direitos patrimoniais, tendo em vista que para a coletividade é considerado pessoa, devendo ter seus direitos protegidos. Segundo Pamplona Filho e Meirelles de Araújo (2007, p.40):

[...] independente da atribuição da personalidade somente a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, fazendo tanto no campo das relações civis (garantindo a ele uma série de direitos), quanto no âmbito penal (criminalizando e proibindo o aborto, ressalvadas a exceções legais).

Já a teoria pré-concepcionista, por mais moderna que seja a sua adoção causaria drástica modificação nas esferas cultural e jurídico-científica. Nesse ponto, é oportuno salientar a proteção conferida ao embrião, em decorrência da sua condição, já que o Direito Civil confere uma ampla proteção aos direitos da personalidade.

Analisando o que fora exposto até o presente momento, de forma resumida, temos que o direito à vida é proclamado pela Constituição Federal de 1988 como o mais essencial de todos os direitos, já que através dele decorrem outros direitos fundamentais, é, portanto, um pré-requisito à existência da pessoa natural. A proteção da vida humana, com base no artigo 2º do Código Civil de 2002, se inicia na concepção, embora a personalidade civil do nascituro só possa ser atribuída ao nascimento com vida.

Se por um lado temos que a vida da pessoa natural começa com o nascimento com vida, conseqüentemente, cessa a personalidade jurídica com a morte (Art. 6º, primeira parte, Código Civil de 2002), com o diagnóstico de paralisação da atividade encefálica, segundo o que dispõe o artigo 3º da Lei nº 9.434/97 - Lei de Remoção de Órgãos.

Com a confirmação da morte, por meio do atestado de óbito, ocorre a extinção do poder familiar, a dissolução do vínculo matrimonial, à abertura da sucessão, entre tantos outros efeitos jurídicos. É oportuno evidenciar as lições de Monteiro apud Gonçalves (2014, p. 143), que “não é completo o aniquilamento do de cuius pela morte. Sua vontade sobrevive através do testamento”.

## **4 OS EFEITOS DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM: O SURGIMENTO DE FILHOS GERADOS A PARTIR DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO**

Partindo da premissa da ausência de norma específica no ordenamento jurídico pátrio, a respeito dos efeitos da fecundação artificial post mortem de filhos gerados a partir de material genético criopreservado, gerando insegurança jurídica, busca-se compreender se é plausível reconhecer a esses filhos o direito sucessório, levando em consideração o que consta nos artigos 1.597 e 1.798 do Código Civil brasileiro, conjuntamente sob a ótica constitucional, sob o que pese os princípios da igualdade de filiação e da liberdade do planejamento familiar.

Neste caso, faz-se necessário analisar até que ponto a manifestação da vontade prévia deve prevalecer em detrimento do princípio da saisine, estampado no art. 1.784 do Código Civil de 2002.

### **4.1 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Lastreada na ideia de prosseguimento, o direito das sucessões é o ramo do direito que disciplina acerca da transmissão do patrimônio de uma pessoa posteriormente a sua morte a seus sucessores. Assim sendo, com a morte extingue-se a personalidade da pessoa natural (Art. 6º, CC) e abre-se a sucessão, transmitindo a herança aos herdeiros (Art. 1.784, CC).

Certifica Leite (2003, p. 14-15):

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 contínua manutenção da imagem e da atuação do morto, em vida, para depois da morte.

Merece atenção destacar o significado e o alcance da palavra “sucessão”. Em sentido amplo, constitui no ato pelo qual uma pessoa ocupa o lugar de outra em vida na titularidade de determinada relação jurídica (sucessão *inter vivos*). Por outro lado, em sentido estrito, a expressão é empregada para indicar o ato de alguém ocupar a titularidade de outrem nas relações referentes à transmissão de herança, obrigacionais e patrimoniais, em decorrência de sua morte (sucessão *causa mortis*).

Conforme os ensinamentos de Maximiliano apud Rodrigues (2013, p. 20) sobre o direito das sucessões:

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.

Ao fazer menção à transmissão de bens e obrigações, o autor supracitado aduz que o referido ramo do direito envolve a transferência do patrimônio do falecido a seus sucessores, compreendendo tanto o patrimônio ativo como o passivo.

O direito sucessório encontra fundamento na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXX, que garante ao indivíduo o direito de herança. Trata-se, de uma garantia institucional, cláusula pétrea, portanto, impassível de modificação. O caráter normativo da norma supracitada, enquanto direito subjetivo, decorre da proteção do direito da propriedade, garantindo ao indivíduo a certeza do acesso aos bens deixados pelo de cujus, com base nos regras prescritas pelo Código Civil de 2002.

Na legislação Civil, a matéria é tratada no Livro V, especificamente nos artigos 1.784 a 2.027, em quatro títulos: “Da sucessão em geral” (disposições gerais acerca da sucessão e herança), “Da sucessão legítima” (disciplina a sucessão estabelecida com base na ordem de vocação hereditária estabelecida por lei), “Da sucessão testamentária” (trata dos aspectos referentes à transmissão de bens por ato de última vontade) e “Do inventário e da partilha” (formalidades atinentes à divisão da herança entre os herdeiros).

Diante desse aparato legal, observa-se que são duas as modalidades de sucessão que regem o direito sucessório brasileiro: a sucessão legítima e a testamentária. Essas duas modalidades de transmissão de bens *causa mortis*, podem existir concomitantemente em uma única sucessão. Com efeito, dispõe o artigo 1.789 do Código Civil de 2002: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.



A sucessão testamentária emana da manifestação expressa de última vontade do autor da herança a respeito da disposição de seu patrimônio após a sua morte, registrada sob a forma de testamento, em que determina seus herdeiros.

A renomada autora Diniz (2011, p.175) define o testamento da seguinte forma: “É o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe para depois da morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações.”

Desta forma, para que o testamento seja válido ele deverá seguir alguns requisitos impostos pela lei, tais como, o autor da herança deve ser maior de dezesseis anos, ser considerado capaz e que no ato de testar possua pleno discernimento para dispor da totalidade ou parte de seus bens, conforme previsto no Título III do Código Civil de 2002.

Além disso, esse documento assume o caráter de negócio jurídico unilateral, por se tratar de uma única manifestação de vontade do testador, privativo do autor da herança, produzindo diversos efeitos jurídicos por ele desejados após a sua morte.

Proclama o artigo 1.857 do Código Civil de 2002:

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

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

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

Em resumo, percebe-se que o autor da herança exerce sua liberdade de testar de modo restrito, quando houver herdeiros necessários, caso em que só poderá dispor de metade da herança (legítima). Em contrapartida, não existindo herdeiros necessários poderá o testador exercer sua autonomia de forma ampla, contemplando por igual ou não os herdeiros, ou ainda excluindo-os da herança, designando a terceiros.

Por sua vez, a sucessão legítima, também denominada de *ab intestato* se dá em virtude de lei e segundo os ensinamentos de Gonçalves (2013, p. 155), “ocorre em caso de inexistência, invalidade ou caducidade do testamento e, também em relação aos bens nele não compreendidos”.

Nas palavras de Rodrigues (2003, p. 16)

Legítima é a sucessão procedida de acordo com a lei e deferida às pessoas nela definidas que, por serem ligadas ao de cujus por laços de parentesco, ou

matrimônio, presumivelmente seriam por ele beneficiadas, se houvesse manifestado sua última vontade.

Assim, falecendo uma pessoa sem ter deixado testamento, toda a sua herança é deferida para as pessoas indicadas pela lei, segundo a ordem de vocação hereditária. Proclama o artigo 1.829 do Código Civil de 2002:

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.

Com efeito, com a morte do autor da herança são chamados a suceder os descendentes, ascendentes e o cônjuge, denominados de herdeiros necessários, lhes sendo assegurado a metade dos bens do falecido. Por essa razão, o testador está limitado a dispor apenas da metade de sua herança, em que pese à outra metade a lei já ter resguardado aos herdeiros necessários.

Comenta Gonçalves (2013, p. 161):

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.

Todavia, se essa ordem preferencial não for obedecida, a sucessão é considerada irregular. Cumpre mencionar que o chamamento dos sucessores é excludente, uma vez que os parentes de grau mais próximos excluem os de grau mais remoto. Como o chamamento é feito por classes, havendo a primeira classe de herdeiros posta pela lei, às demais serão afastadas.

Importante questão a ser ventilada, no campo da sucessão legítima, diz respeito ao princípio da saisine, esculpido no artigo 1.784 do Código Civil de 2002, segundo o qual logo

após a morte do autor da herança, o seu patrimônio é transmitido aos seus herdeiros de forma íntegra, tornando-se titulares de direitos adquiridos. Nessa esteira de pensamento, conforme dispõe o artigo 1.798 do Código Civil de 2002, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Outra consequência consiste em saber se essa legitimação prevista no dispositivo acima mencionado abrange as pessoas concebidas pelas técnicas de reprodução assistida, quando a concepção se produzir posteriormente a abertura da sucessão. Venosa (2009, p.45) afirma que “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”.

Por isso, deve-se analisar de forma detalhada até que ponto o desejo e a manifestação do autor da herança devem prevalecer em face do princípio da saisine, uma vez que o direito sucessório não deve ser interpretado de forma literal ao texto da lei, mas sim ponderando com os princípios previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista a dignidade da pessoa humana e a absoluta igualdade jurídica entre todos os filhos, com os mesmos direitos e qualificações.

#### 4.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO

Após a análise sobre o direito sucessório brasileiro, de maneira sintética, infere-se que a herança será transmitida para os herdeiros apontados na lei. Amparado no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, anteriormente transcrito, somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da morte do autor da herança podem ser consideradas herdeiras ou legatárias.

Dessa forma, há de se analisar a problemática que envolve a proteção jurídica do embrião, principalmente com relação a sua possível equiparação ao nascituro e o início da vida desde a concepção.

Diniz apud Namba (2009, p.28) aduz que:

A vida se inicia com a fecundação e a vida viável com a gravidez. O início legal da consideração jurídica da personalidade, posto as ideias colocadas, é o momento da penetração do espermatozoide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria natalista, estabelecendo que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, mas ressalva, desde a concepção, os direitos do nascituro (Art. 2º, CC), não importando de que forma a concepção foi conferida, se pelas relações sexuais normais, por inseminação artificial ou fertilização in vitro.

O termo embrião na definição de Margotto (2007, p. 1), diz respeito ao ser humano em desenvolvimento durante os estágios iniciais e “se inicia com a fertilização e termina na 8ª semana, quando adquire características para ser reconhecido como ser humano”.

Segundo os ensinamentos De Plácido e Silva (2006, p. 942), o nascituro constitui “o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa.”

Nessa esteira de pensamento, a autora Hironaka (2007, p. 13) afirma que o conceito de nascituro deve ser entendido de forma mais ampla, “para além dos limites da concepção in vivo (no ventre feminino), compreendendo também a concepção in vitro (ou crioconservação)”. E prossegue:

O conceito de nascituro abarca, portanto, o conceito de embrião, sendo desastrosa a separação jurídica ou legislada dos termos, pois que pode trazer mais confusão do que solução, pela interpretação (errada) de que sejam diferentes casos. 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 como 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 (Hironaka, 2007, p. 13).

Nesse ponto, pode-se afirmar que dentro do conceito de nascituro insere-se todos os seres concebidos. Abstrai-se daí que o embrião humano criopreservado, passa a ser compreendido como nascituro.

Entende Leite (1996, p. 35) que “o embrião em qualquer fase de concepção – in vivo ou in vitro -, deve ser protegido. Ele é sujeito de direito, reconhecendo-se seu caráter de pessoa desde a fecundação.”

O mesmo entendimento é sustentado por Diniz apud Maluf (2013, p. 173) em sede doutrinária, segundo o qual “o embrião e o nascituro, têm resguardados normativamente, seus direitos desde a concepção, porque a partir desta passam a ter existência, e vida orgânica e biológica própria, independentemente da mãe.”

Observa-se, então, que ambos são possuidores de direitos personalíssimos, isto é, tem personalidade jurídica material, contudo, só adquirirão a personalidade jurídica material somente se nascerem com vida, momento em que constituirão titulares dos direitos obrigacionais e patrimoniais.

Segundo Chinellato e Almeida apud Maluf (2013, p. 173) afirma que diante das mudanças ocorridas nas relações humanas, "o embrião pré-implantatório, poderá ser denominado nascituro pré-implantatório, o que não lhe retira a qualidade de ser humano."

Em face do exposto, ao considerar o embrião como produto da concepção, alguns doutrinadores, como Loureiro (2009) e Chinellato e Almeida (2004), defendem que o embrião criopreservado, à luz do artigo 1.789 do Código Civil de 2002 insere-se na classe dos seres "já concebidos", incumbindo como sujeito de direitos sucessórios da sucessão legítima, desde que seja resultante da fertilização homóloga, pois presume-se como concebido na constância do casamento, conforme dispõe o artigo 1.597, IV do Código Civil de 2002:

Art. 1.597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
(...)  
IV-havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga;

Nesse tocante, explana Diniz (2007, p. 47):

Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião criopreservado, gerado com material germinativo de de cujus, 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.

Desta feita, não importa se a concepção do embrião foi realizada in vivo ou in vitro, o que se deve prevalecer é que o embrião criopreservado deve ser protegido, por força do disposto no art. 1.798 do Código Civil de 2002, reconhecendo à capacidade do embrião para suceder.

Por outro lado, Simão e Tartuce (2010) não corroboram com o entendimento de que o embrião possa ser considerado como sucessor legítimo, ainda que tenha personalidade jurídica formal, não possuem a material, devendo ser reconhecidos como herdeiro da sucessão testamentária.

### 4.3 FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

É sabido, que as práticas de reprodução humana assistida estão se tornando cada vez mais corriqueiras na realidade jurídica, gerando inúmeras indagações ao direito, em que pese à falta de regulamentação sobre o tema. Neste ponto, o grande questionamento diz respeito à possibilidade do direito sucessório do filho havido por fertilização *in vitro* e implantado no útero materno após a morte do seu genitor.

Essa técnica só é admissível em decorrência das recentes técnicas de criopreservação do material genético do cônjuge ou companheiro, possibilitando, que mesmo após o seu falecimento, a esposa ou companheira possa inseminar o sêmen do genitor, vindo a gerar uma nova vida.

Cumpramos analisar a previsão legal do art. 1.597, III, do Código Civil de 2002. De um lado, os doutrinadores que defendem a aplicação do referido dispositivo, entendem ser aceitável a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*. Por outro lado, tem àqueles que defendem que tal técnica não é possível.

Os adeptos da aplicação do dispositivo, a título de exemplo Freitas (2013) e Albuquerque Filho (2006), sustentam os seus argumentos baseando-se nos princípios constitucionais da autonomia da vontade, da igualdade jurídica entre os filhos e do livre planejamento familiar.

Nesse sentido, leciona Freitas (2013, p. 1) que:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A vontade do doador (cônjuge ou companheiro) na reprodução assistida sempre será expressa por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, sem que, necessariamente, haja o doador realizado um testamento, por isto, é importante prever uma solução para o caso concreto de haver material genético para reprodução assistida sem testamento indicando a prole futura. ... havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.

Diante do vácuo legislativo do Código Civil de 2002 sobre o tema de modo específico, a reprodução assistida é regida através da Resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, embora não tenha força normativa por não ser lei, prevê normas ético-médicas para a condução e utilização das técnicas de reprodução artificial.

Pela Resolução do CFM 1.957/2010, dispõe no Título V – Criopreservação de Gametas ou Embriões – no item 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 falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Pode-se destacar que para a mulher empregar o material genético criopreservado do genitor falecido, faz-se necessário à existência de disposição expressa nesse sentido, permitindo a mencionada técnica. Nesse mesmo diapasão se encontra a lição de Cruz (2008, p.144), segundo o qual:

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.

Essa aquiescência deve ser formalizada através de documento escrito ou testamento, que comprove a pretensão do genitor em conceber um filho para além do seu falecimento, não colocando em risco os fundamentos do princípio do planejamento familiar livre.

Neste caso, dispõe a referida Resolução que a reprodução assistida post mortem não constitui um ilícito ético, “o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”, desde que tenha anuência do outro cônjuge, livre de qualquer vício. Por conseguinte, proíbe o descarte dos mesmos ou sua destruição: “do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.”

Para os doutrinadores que repulsam a possibilidade da inseminação artificial homóloga post mortem do genitor, a exemplo de Gama (2003) e Leite (1995), os argumentos incidem na ausência de validade constitucional da prática, por confrontar os princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável.

Segundo expõe o autor Leite (1995, p.155):

A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança. Logo, a inseminação “post-mortem” constitui uma prática fortemente desaconselhável.

Desta forma, verifica-se que as divergências doutrinárias acerca da possibilidade da fecundação homóloga post mortem, tecem seus argumentos na base principiológica da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que os efeitos jurídicos decorrentes de tal prática refletem-se na esfera do direito da família e sucessório.

Considerando a admissibilidade do filho advindo da geração embrionária post mortem, cumpre analisar os efeitos jurídicos gerados no plano sucessório e de que maneira poderia ser protegido o quinhão hereditário ao conceito. Em casos como esses, preconiza o artigo 1.284 do Código Civil de 2002 que o herdeiro pode se valer da petição de herança para obter o a restituição da herança ou parte dela, desde que comprovada a sua qualidade de herdeiro. Tanto pode ser o herdeiro legítimo quanto o testamentário.

Todavia, existem argumentos que em razão da consumação do inventário e da partilha, a expectativa de implantação do embrião criopreservado não se deve demorar. Esclarece Gama (2003, p.219):

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.

Outra questão importante relativamente ao direito sucessório repousa no prazo para o emprego do material genético criopreservado pelo cônjuge. Albuquerque Filho (2006, p. 177)



indica aplicar “por analogia, o prazo constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão.” Assim, se a criança a ser gerada não for concebida em até dois anos da abertura da sucessão, não lhe será cabível qualquer direito sucessório decorrente da herança deixada pelo genitor.

Por outro lado, a Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/05 – prevê em seu artigo 5º, que os embriões só podem ficar congelados pelo prazo máximo de três anos.

Em contrapartida, Chinellato e Almeida (2004, p. 60) afirma que “não se poderá discriminar o filho havido post mortem, concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos de que trata o § 4º do art. 1.800 do Código Civil”.

Com o intuito de solucionar a problemática central do estudo em comento, Cruz (2008, p. 150) expressa:

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

Realizado esses esclarecimentos e ainda que seu conteúdo seja intrinsecamente importante para a sociedade, posto que possa conferir uma maior segurança jurídica às relações, não se pode olvidar que não se revestem de padrões de conduta a ser obrigatoriamente adotados para habilitar o filho concebido post mortem a fazer parte da sucessão legítima, pois muito embora esse filho venha ao mundo sem o consentimento expresso do seu genitor ou após o término da partilha, não há como descartar a sua qualidade de filho (Art. 1.597, CC), pois a partir do instante que o genitor se submete a técnica de fertilização artificial homologa é perfeitamente visível o desejo de ver sua prole se desenvolver.

Neste caso, amparado no princípio da igualdade jurídica entre os filhos, o filho advindo após a morte do seu genitor, terá plena igualdade sucessória com os demais descendentes, com iguais direitos, deveres e qualificações, por força do preceito constitucional estampado no artigo 227, §6º da CF.

Outrossim, as legislações infraconstitucionais, especificamente o Código Civil de 2002 (Art.1.596) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Art 41, §§ 1º e 2º), bem como em observância ao princípio do melhor interesse da criança, estabelecem que não é permitido que

uma criança ao nascer com vida já tenha seus direitos afetados e seja destituída do seu direito fundamental de herança, previsto no artigo 5º, XXX da Constituição Federal de 1988.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da abordagem realizada, observou-se que perante as imposições culturais, sociais e religiosas, o desejo do ser humano em conceber e desenvolver a própria família, nunca envelheceu. A descoberta da chegada de uma criança na vida do casal, representa o valor mais sublime na vida particular do ser humano.

Destarte, com a finalidade de buscar um resultado positivo para os casais que almejam serem pais, mas não conseguem lograr êxito de forma natural, a reprodução humana assistida retrata uma imperiosa alternativa de procriação do mundo moderno diante da evolução tecnológica e das novas técnicas de reprodução artificial, trazendo melhorias à vida humana, bem como soluções para os casos de infertilidade.

Por essa mesma razão, na medida em que as ciências médicas crescem, é visível o impacto dos seus reflexos tanto na esfera social quanto no econômico, incumbindo ao direito estar atento às mudanças para que possa regulamentar as novas conjunturas apresentadas perante a sociedade, necessitando encontrar um ponto de equilíbrio para possível solução dos problemas.

Ademais, em matérias relacionadas à reprodução assistida, deve-se sempre observar os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, especialmente o do planejamento familiar livre, sem prejuízo da dignidade da pessoa humana. Tem-se, assim, que o fundamento para dispor por qualquer técnica de reprodução assistida, desde que a Lei não proíba, traduz-se no princípio do planejamento familiar livre.

Embora, não haja no ordenamento jurídico pátrio nenhuma regulamentação específica, sobre o direito a reprodução assistida, não há motivos para considerá-la ilegal, por tratar-se de uma opção livre do casal a se submeter ou não a essas formas de procriação.

Não obstante, a Resolução nº 1.957/210 do Conselho Federal de Medicina possua disposições a respeito da reprodução assistida, não tem força de lei por estabelecer apenas diretrizes éticas para os profissionais da área da saúde e não a sociedade em geral.

O fenômeno da procriação assistida têm seus reflexos diretamente nas relações de parentesco, notadamente no direito de filiação, exposto no artigo 1.597 do Código Civil de 2002, que reconhece a condição de filhos aos concebidos na constância do casamento a partir das técnicas de reprodução assistida, desde que observadas determinadas condições. Essa presunção de filiação é estendida, também, aos filhos concebidos, a qualquer momento, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga.

Ao tratar sobre a reprodução assistida, especialmente a fecundação artificial post mortem, acabou por ocasionar grandes discussões no campo ético e jurídico, uma vez que tal prática afeta as relações sociais e familiares, radiando seus efeitos jurídicos tanto no direito da família, como no direito sucessório.

Cabe ao operador, portanto, fazer uma análise conjunta entre as ciências do direito e da bioética, com a finalidade de alcançar a melhor forma de solução para o tema em questão, evitando, assim, conflitos e inseguranças. Enquanto ainda não há regulamento específico e desejado, deve-se buscar proteção na base principiológica da Constituição Federal de 1988. Partindo da premissa do mais sublime e elementar fundamento da República Federativa do Brasil, a proteção do direito à vida em todas as suas formas, porquanto, que é através dela que emanam os demais direitos fundamentais à pessoa humana.

Com amparo na legislação Civil, demonstrou-se que para que a pessoa adquira personalidade natural é imprescindível o seu nascimento com vida, contraindo e transferindo direitos e obrigações. Contudo, em seu artigo 2º ressalva os direitos do nascituro. A problemática incide em estabelecer qual a natureza jurídica do nascituro, se pode ser considerado pessoa ou não no momento da sua concepção.

O Supremo Tribunal Federal adota a teoria natalista, que se baseia na interpretação legal do dispositivo supracitado, não reconhecendo o nascituro como pessoa, mas sim como mero expectador de direito, não adquirindo, portanto, a personalidade jurídica.

Todavia, em meio aos avanços das tecnologias e do surgimento das técnicas de procriação artificial, essa teoria encontra-se totalmente em desacordo com o atual estágio que vivemos, notadamente, ao deparar com a possibilidade de fecundação artificial após a morte do marido ou cônjuge.

Essa técnica só é possível em virtude do procedimento denominado criopreservação ou congelamento de embriões, para posterior implantação no útero materno. Cumpre destacar ainda que o artigo 5º da Lei de Biossegurança – Lei Nº 11.105/2015 - estabelece como regra geral, que os embriões excedentários só podem ficar congelados durante o prazo máximo de três anos.

Levando em consideração o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, tem-se que os filhos advindos após a morte do seu genitor possuem os mesmos direitos e qualificações quanto aos demais descendentes, tanto no âmbito familiar quanto no âmbito sucessório, visto que o direito à herança, previsto no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal 1988, trata-se de uma garantia constitucional e inerente à pessoa humana, garantido a todas as pessoas. Em

casos como esse, a ação de petição de herança é o instrumento habilitado para que o filho concebido após formalização da partilha reivindique a sua herança.

Nesse aspecto, as regras previstas no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, referentes a legitimidade para suceder, também se aplica aos embriões criopreservados, haja vista que no momento da abertura da sucessão já existia o ser concebido.

Fazendo um aparato geral do que fora exposto, percebe-se que o filho concebido do material genético criopreservado e implantado após a morte de seu genitor, deverá se valer da ação de petição de herança para fazer jus a sua parte no acervo hereditário.

Todavia, faz-se necessário que a legislação infraconstitucional trate de modo específico sobre o tema em questão e discipline acerca de um prazo determinado para que a concepção ocorra. Por enquanto, recomenda-se o prazo estabelecido no § 4º, do artigo 1.800 do Código Civil de 2002, qual seja, de dois anos, com o intuito de que os outros sucessores não fiquem a mercê de uma insegurança infundável com relação ao quinhão hereditário auferido.

## REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. **Aspectos gerais da reprodução assistida**. 2009. Disponível em: < [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/242/242](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/242/242) > Acesso em: 11 jan, 2017.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização jurídica da dignidade humana**. RT, São Paulo, v. 797, mar. 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Bioética, biodireito e direitos humanos**. 2014. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas\\_textos/v\\_barreto.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/v_barreto.html)>. Acesso em: 15 de fev. 2017

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem**. Um estudo sobre as consequências jurídicas no Direito de Família e Sucessões. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. V. 1

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: RED, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 de nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Assembleia Legislativa**. Projeto de Lei nº 6.960/2002. Proposta de alteração do art. 2º da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>> Acesso em: 15 de fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 20 de jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. (Revogada) Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm)>. Acesso em: 18 de dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069 de 13 de julho e 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm)> Acesso em: 7 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 23 de jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2015.** Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm)>. Acesso em: 15 de jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12. 376, de 30 de dezembro de 2010.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/DecretoLei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DecretoLei/Del4657compilado.htm)> Acesso em: 15 de jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Recurso Especial. REsp 399028 SP 2001/0147319-0. Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Data de Julgamento: 26 de Fevereiro de 2002, T4 – Quarta Turma. Data de Publicação: DJ 15.04.2002 p. 232. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** Recurso Extraordinário. RE 99038 MG. Relator: Min. FRANCISCO REZEK. Data de Julgamento: 18 de Outubro de 1983. Data de Publicação: DJ 05-10-1984 PP-16452. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14685789/recurso-extraordinario-re-99038-mg>>. Acesso em 10 fev. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático.** 9. ed. ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Civil:** parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil,** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **I Jornada de Direito Civil: Enunciado nº 106.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em: 13 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **I Jornada de Direito Civil: Enunciado nº 107.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>> Acesso em: 13 jan. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.957/2010.** Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em: 13 de nov. 2016.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador.** 2008. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401\\_biodireito\\_reproducao-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-xdireito-ao-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html](http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401_biodireito_reproducao-humana-assistida-direito-a-identidade-genetica-xdireito-ao-anonimato-do-doador-adriana-moraes-ferreira-e-karla-co.html)>. Acesso em 9 jan. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.334.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito. 7. ed. adaptada ao novo Código Civil** (Lei n. 10.406, de 10-2-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** Vol. 6. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Estado atual do biodireito.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Vol. 1, parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. 2007. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290> >. Acesso em: 23 de jan. 2017.

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**. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Texeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V.XXI.

\_\_\_\_\_. O direito, a ciência e as leis bioéticas. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito**. atual. até a decisão do STF – ADI 3510 – São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARGOTTO, Paulo. **Crescimento e desenvolvimento fetal**. 2007. Disponível em: <[http://www.paulomargotto.com.br/documentos/crescimento\\_desenvolvimento\\_fetal.ppt](http://www.paulomargotto.com.br/documentos/crescimento_desenvolvimento_fetal.ppt)> Acesso em: 13 jan. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Assinada pelo Brasil na mesma data. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 17 de jan. 2017.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Vol. V. 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais da bioética**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: direito das sucessões**. vol. 7. 26 ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Nelson da Cruz; IZZO, Carlos Roberto; SILVA, Alessandra de Araújo. Técnicas de reprodução assistida – GIFT. **In: Tratado de Ginecologia** – condutas e rotinas de ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: Editora Revinter, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláuci Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

THOMÉ, Clarissa. 1º bebê de proveta faz trinta anos no Brasil. 2014. **In: O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,1-bebe-de-proveta-do-brasil-faz-30-anos-imp-,1572081>> Acesso em: 7 jan. 2017.

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

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2001.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica. **In: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9928](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9928)>. Acesso em: 15 de fev 2017.