



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

MILENA MIRANDA DE MORAIS – 06/37238

**A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS FILHOS HAVIDOS POR TÉCNICAS DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM***

**BRASÍLIA
2011**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

MILENA MIRANDA DE MORAIS – 06/37238

**A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS FILHOS HAVIDOS POR TÉCNICAS DE
REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM***

*Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do Curso de Bacharelado em Direito
pela Universidade de Brasília.*

*Orientador: Prof. Hércules Alexandre da Costa
Benício*

**BRASÍLIA
2011**

Resumo

Com avanço da medicina e advento das novas técnicas de reprodução assistida permitiu-se a casais e mulheres impossibilitadas de terem filhos a realização do objetivo de formar uma família completa e gerar uma criança com a mesma identidade biológica, o que antes parecia impossível. Entretanto, o advento de tais técnicas gerou polêmicas no mundo jurídico, especialmente nos casos de definição de filiação, possibilidade de descarte dos embriões in vitro, proteção conferida ao embrião congelado, sigilo do doador, direito à sucessão, dentre outros. O direito à herança é direito assegurado pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXX. O Código Civil estabelece em seu artigo 1.798 que serão legitimados a suceder aqueles já concebidos no momento da abertura da sucessão. Assim, como interpretar esse dispositivo em face dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida *post mortem*? Diante do texto legislativo, alguns entendem que o embrião in vitro, por já estar concebido ao tempo da abertura da sucessão, mesmo que ainda não implantado no útero materno, terá direito à herança. A polêmica é ainda maior quando se fala no filho concebido após a morte, pois este não preencheria o requisito previsto no referido artigo. Deve-se levar em consideração a vontade do legislador ao esculpir tal artigo, que foi a de incluir o nascituro no rol de legitimados para suceder e não excluir os filhos concebidos após a morte, por inseminação artificial. Há quem diga ainda que a exclusão dos filhos concebidos após a morte da sucessão violaria a Constituição, que dispõe que não pode haver discriminação entre os filhos. No entanto, em prol da segurança jurídica dos demais herdeiros, caso se entenda pelo direito à herança do filho concebido *post mortem*, é razoável estabelecer um prazo para que o herdeiro possa pleitear sua quota parte na herança. Assim, parte da doutrina entende que o prazo para que isso ocorra é o prescricional da pretensão de petição de herança, de 10 (dez) anos. Por meio desse instrumento, o herdeiro visa ao reconhecimento de seu *status* como herdeiro, bem como a sua quota parte na herança, portanto, o filho concebido após a morte poderia se utilizar dessa ação a fim de garantir seu quinhão.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Técnicas de reprodução assistida. Inseminação artificial *post mortem*. Embrião in vitro. Filiação. Ação de petição de herança.

Agradeço a todos aqueles que me foram essenciais para elaboração deste trabalho: aos meus familiares e amigos pelo apoio e compreensão em todos os momentos e pelo constante incentivo; a todos os professores, pelos ensinamentos e atenção; e, especialmente, ao meu orientador, Prof. Hércules Alexandre da Costa Benício, pela dedicação, incentivo e disponibilidade.

Sumário

Introdução.....	7
1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	11
1.1 Evolução acelerada da biotecnologia e o descompasso com o Direito.....	11
1.2 Utilização da reprodução assistida como medida terapêutica.....	13
1.2.1 Inseminação artificial homóloga e heteróloga	13
1.2.2 Fecundação <i>in vitro</i>	16
1.2.3 Gestação de substituição	19
1.3 Técnicas de reprodução assistida e suas implicações	22
1.3.1 Conceito de nascituro e ampliação dos limites da concepção <i>in vivo</i>	22
1.3.2 A proteção jurídica conferida ao embrião <i>in vitro</i>	28
1.3.3 Utilização dos embriões excedentes em pesquisas e a Lei de Biossegurança	32
2 IMPLICAÇÕES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA DEFINIÇÃO DA FILIAÇÃO	34
2.1 Uma releitura dos institutos da paternidade e maternidade	34
2.2 Análise da filiação no Código Civil.....	36
2.2.1 Consentimento do cônjuge na inseminação artificial heteróloga e paternidade socioafetiva.....	36
2.2.2 Inseminação artificial em mulheres solteiras, viúvas e divorciadas e suas implicações. Conflito entre o direito ao reconhecimento da identidade biológica e o sigilo das informações	38
2.3 Utilização do material genético preservado após a morte do doador e necessidade de sua manifestação de vontade.....	41

3	A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO FILHO HAVIDO POR TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA APÓS A MORTE DO PAI BIOLÓGICO	46
3.1	Legitimidade do filho concebido após a morte do pai para ser herdeiro legítimo.....	46
3.2	Legitimidade do embrião implantado após a morte do pai para ser herdeiro.....	49
3.3	Fixação de limites temporais para utilização do material genético do doador após a sua morte	52
3.3.1	Cabimento da ação de petição de herança.....	52
3.3.2	Analogia com o resguardo dos bens dos ausentes.....	56
3.3.3	Analogia com o prazo da usucapião.....	59
3.3.4	Princípio de saisine e transmissão imediata dos bens	62
	Conclusão	66
	Referências	68

Introdução

O direito civil, especialmente no âmbito do direito de família e direito das sucessões, em face da evolução da biomedicina e surgimento das técnicas de reprodução assistida, vem sendo alvo de diversos apontamentos e questionamentos na doutrina. Questões polêmicas sobre a filiação e direito sucessório, que surgiram a partir do desenvolvimento e utilização crescente das técnicas de reprodução assistida, permanecem sem solução determinada e são alvos de intensos debates doutrinários. A falta de adaptação da lei às novas realidades sociais acaba por gerar dúvidas e debates intermináveis, podendo ocasionar ainda discrepância nas decisões dos julgadores e insegurança jurídica.

Nesse contexto, com o advento das técnicas de reprodução assistida, possibilitou-se a concepção e nascimento de um filho após a morte de seu genitor, o que acarreta diversos problemas do ponto de vista sucessório, pois a depender da interpretação que se dá ao dispositivo legal, poder-se-á admitir ou não o direito sucessório de pessoa concebida após a morte do genitor.

Dessa forma, surgem interpretações inovadoras e outras um pouco mais conservadoras em relação ao tema. No que tange ao filho concebido após a morte, muitos doutrinadores, dentre eles Maria Berenice Dias e Silmara Chinelato, tendem a admitir o seu direito sucessório, em que pese o Código Civil elencar como legitimados a suceder somente as pessoas já concebidas ao tempo da abertura da sucessão. Para esses autores, utilizando-se de uma interpretação teleológica e sistemática, não era a vontade do legislador, quando da elaboração da lei, excluir da sucessão os filhos ainda não concebidos, até porque àquele tempo não se tinha previsão sobre o impacto das recentes técnicas de reprodução artificial. Ademais, ao interpretar o referido dispositivo do Código Civil de acordo com a Constituição, salienta-se que não se pode admitir qualquer tratamento desigual entre os filhos.

Outros doutrinadores, em uma posição mais conservadora, entendem que, diante da previsão legal expressa sobre os legitimados a suceder, não se pode admitir qualquer direito sucessório ao filho concebido após a morte por meio de técnica de inseminação artificial *post mortem*.

Em uma linha intermediária ficam aqueles que diferenciam a concepção *post mortem* da implantação de embrião *in vitro* após a morte do genitor. Esses, em tese, possuiriam direito sucessório, pois quando da abertura da sucessão já tinham sido concebidos em laboratório; enquanto em relação àqueles, não há que se falar em direito sucessório, uma vez que foram concebidos após a morte do *de cuius*, não atendendo, portanto, ao requisito da lei.

Para os que adotam a primeira e terceira correntes, surge o confronto entre o direito sucessório do filho havido pela técnica de reprodução assistida e a segurança jurídica das relações e estabilidade dos demais herdeiros. Defende-se que os demais herdeiros não podem ficar eternamente em situação de instabilidade, a esperar por futura e incerta concepção de um herdeiro retardatário.

Diante dessa conjuntura, o presente trabalho pretende problematizar a temática das técnicas de reprodução assistida *post mortem* e averiguar em que medida admite-se o direito sucessório do filho havido por uma dessas técnicas, o prazo prescricional para se pleitear tal direito e o termo inicial desse prazo.

Desse modo, o primeiro capítulo volta-se à explicação acerca das principais técnicas de reprodução assistida realizadas atualmente e que serão relevantes para abordagem do tema principal a ser tratado, qual seja, a legitimidade do filho havido por técnica de reprodução assistida *post mortem*. Será abordado ainda o tema da evolução acelerada da medicina e da biotecnologia e o descompasso entre a evolução das relações sociais e das ciências biológicas e a Ciência do Direito. Destaca-se a Resolução 1.358 de 1992 do CFM como ato normativo que regula a utilização das técnicas de reprodução assistida, fazendo-se constante menção aos seus dispositivos que se referem à proibição da comercialização na doação de embriões e gametas e à proibição do contrato de “barriga de aluguel” oneroso.

Em seguida, analisa-se a relevância e atualidade do tema, diante da procura cada vez maior pelas técnicas de reprodução assistida, mencionando-se o julgamento da ADI 3510 DF, na qual se impugnou o artigo 5º da Lei 11.105, de 2005 (Lei de Biossegurança), dispositivo que trata da possibilidade de utilização de embriões excedentes em pesquisas científicas. No referido julgamento, o Supremo entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, consolidando o entendimento de que embrião *in vitro* não se equipara ao nascituro.

No segundo capítulo, discute-se a repercussão das técnicas de reprodução assistida na formação das entidades familiares e determinação da filiação. Analisa-se a evolução da sociedade e do conhecimento científico, o declínio do patriarcalismo, bem como as mudanças na concepção tradicional da família hierarquizada existente até a metade do século passado. Nesse ponto ressalta-se que a mudança de paradigmas ocorreu, também, devido à Constituição Federal de 1988, que inovou ao prever a liberdade quanto ao planejamento familiar, concebendo novos tipos de entidades familiares baseadas no afeto, e não mais somente no vínculo biológico. Surge a adoção do critério socioafetivo para definição da filiação e a previsão no Código Civil de 2002 sobre a presunção de paternidade no caso de inseminação artificial heteróloga em que haja consentimento do cônjuge. Diante das inovações trazidas pelas técnicas de reprodução assistida, surgem ainda situações perplexas, como a utilização de útero de substituição em razão da incapacidade de gerar de algumas mulheres. Tal fato nos conduz a complexas questões atinentes à relação parentalidade-filiação sem que exista até o momento uma solução correta para cada nova conduta. Nessas hipóteses, questiona-se em que medida a carga genética deve ser considerada para o reconhecimento da filiação.

Ainda no segundo capítulo, aborda-se o tema da doação de gametas e o sigilo do doador, com a seguinte indagação: em caso de questionamento, no futuro, sobre a identidade genética, deverá prevalecer o direito ao reconhecimento do vínculo biológico ou o sigilo do doador? Introduce-se também o assunto da possibilidade de utilização do material genético congelado após a morte do doador, citando-se, inclusive, casos concretos sobre o tema. A dificuldade está em saber se há necessidade de manifestação expressa e por escrito do doador, autorizando a utilização desse material após a sua morte.

Por fim, no terceiro capítulo, enfrenta-se a situação do filho concebido ou implantado no útero após a morte de seu genitor e sua possível condição de herdeiro, partindo-se do pressuposto de que é possível a utilização do material genético congelado após a morte. A princípio, ao interpretar a Constituição Federal, pode-se acreditar que não seja possível a distinção entre os filhos, contudo, há opiniões e respeitáveis conclusões em sentido contrário. Enfrenta-se, em seguida, o problema de se garantir alguma estabilidade aos demais herdeiros, ressaltando também que é preciso dar destinação social aos bens da herança, que não podem ficar ociosos, aguardando situação incerta. Procura-se fazer uma ligação entre o tema do presente trabalho e outros temas tratados pela legislação e doutrina atuais, como, petição de herança,

ausência, usucapião e a transmissão imediata dos bens, segundo o princípio de *saisine*, objetivando ponderar o conflito entre direito à sucessão do filho havido por técnica de reprodução assistida *post mortem* e segurança jurídica e direito à posse e à propriedade dos demais herdeiros.

Desde logo, chamo atenção para o fato de que, apesar de muitos autores, dentre eles Maria Berenice Dias, usarem a expressão “capacidade sucessória”, o Código Civil, em seu artigo 1.798, utiliza a expressão “pessoas legitimadas a suceder”. Apesar de as expressões nesse contexto serem utilizadas como sinônimas, por opção terminológica, adota-se neste trabalho a expressão legitimidade. Ressalta-se que legitimidade consiste na aptidão para a prática de determinado ato ou negócio jurídico específico. Dessa forma a legitimidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius* e, por isso, acredita-se ser o termo, tecnicamente, mais correto. Maria Berenice Dias identifica a incapacidade para suceder com os impedimentos legais para receber a herança ¹, tratados nos artigos 1.801 e 1.802 do Código Civil, que não se aplicam as hipóteses a serem discutidas no presente trabalho.

¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual das Sucessões*, p. 118.

1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

1.1 Evolução acelerada da biotecnologia e o descompasso com o Direito

As técnicas de reprodução assistida tiveram início no final do século XVIII, quando L. Jacobi fez experimentos com inseminação artificial em peixes. Em 1755, o biólogo Lazzaro Spallanzani fez experiências com mamíferos e, finalmente, em 1799, o médico inglês John Hunter realizou a primeira inseminação artificial em humanos. Com a evolução da medicina e biotecnologia, essas técnicas, que surgiram como uma nova perspectiva para os casais que sonham em ter filhos, mas padecem de problemas relativos à fertilidade ou esterilidade, são cada vez mais utilizadas. “A reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade.”²

As principais técnicas de reprodução assistida utilizadas atualmente são a inseminação artificial homóloga, a inseminação artificial heteróloga, a fecundação *in vitro* e a gestação de substituição. Essas técnicas envolvem a participação de no mínimo um terceiro sujeito, o médico e, às vezes, há a participação de um quarto sujeito, o doador de gametas. No caso específico da gestação de substituição pode haver a participação de diversos sujeitos na qualidade de doadores de óvulos e espermatozóides, o casal requerente e a doadora do útero.

Ocorre que a utilização dessas técnicas repercute consideravelmente nas relações sociais e jurídicas, e, por isso, deve haver certos limites e sua utilização deve respeitar a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

“Os aspectos éticos mais importantes que envolvem questões de reprodução humana são relativos à utilização do consentimento informado; a seleção do sexo; a doação de espermatozóides, óvulos, pré-embriões e embriões; a seleção de embriões com base na evidência de doenças ou problemas associados; a maternidade substitutiva; a redução embrionária; a clonagem; a pesquisa e a criopreservação (congelamento) de embriões.”³

² CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 244.

³ *Ibid*, p. 268.

É certo que os médicos têm o dever legal de informar aos pacientes todas as conseqüências da utilização de uma dessas técnicas, devendo inclusive alertá-los sobre eventuais riscos que podem advir ao filho e à gestação.

Apesar de serem cada vez mais procuradas, ainda persiste a omissão do legislador em regulamentar a utilização das técnicas de reprodução assistida, o que acabará, no futuro, gerando diversos problemas para os julgadores.

“Com o passar dos anos, as técnicas de reprodução assistida difundiram-se com imensa rapidez por diversos países do mundo, inclusive o Brasil. Estatísticas apresentadas pela Revista Veja nº18, do mês de maio de 2001, apontam que já nasceram mais de 300.000 bebês de proveta, sendo 7.000 deles no Brasil. Acrescenta ainda que há 20.000 embriões humanos congelados no Brasil e 250.000 nos Estados Unidos.”⁴

A única norma administrativa existente sobre o tema é a Resolução nº 1.358, de 1992, do Conselho Federal de Medicina, que trata mais de aspectos éticos da classe médica em relação à reprodução assistida, e por isso é bastante limitada. Existem ainda alguns projetos de lei sobre o tema em tramitação no Congresso Nacional. O mais recente deles, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, é o mais adiantado e, apesar de contribuir e inovar em alguns pontos, deixa a desejar em outros.

O fato é que o Direito necessita se adaptar à realidade social. Entretanto, haja vista a demora na iniciativa de elaboração de projetos de lei, bem como lentidão no processo legislativo, as mudanças estruturais na sociedade acontecem de forma bem mais acelerada, de forma que a legislação não as consegue acompanhar, surgindo, muitas vezes, situações não reguladas pela lei.

Em relação à reprodução assistida, por envolver técnicas de manipulação genética humana, é sintomático que sua utilização deve ser limitada, de forma a seguir um padrão ético, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não se pode admitir, por exemplo, a comercialização nas técnicas de reprodução assistida ou a seleção de características genéticas a fim de que o filho seja objeto de realização do ego humano. Os filhos são concebidos com objetivo de formação de uma família e as técnicas de reprodução assistida surgiram como uma grande evolução, possibilitando aos casais inférteis a construção de uma família. Entretanto, a responsabilidade de ser pai ou mãe compreende muito mais do que simplesmente dar origem a

⁴ *Ibid*, p. 242.

um filho perfeito, bonito e saudável. Tal responsabilidade decorre do poder familiar e engloba diversos deveres de acompanhamento na educação e formação daquele novo ser.

“Um outro fator a ser considerado, sob o ponto de vista ético, consiste no fato de se permitir a um determinado casal escolher atributos genéticos do embrião a ser implantado, tais como sexo, cor de olhos etc. Tal procedimento é possível devido à moderna engenharia genética, que dispõe de meios através dos quais pode alterar os genes das células. A Resolução 1.358/92 do CFM proíbe tais procedimentos, exceto se forem executados com o intuito de se evitar o advento de doenças genéticas ligadas ao sexo ou a outros caracteres.”⁵

A omissão do legislador no Código Civil, que deixou de discorrer mais detalhadamente sobre o tema da reprodução assistida, certamente se deu pelo fato de se tratar de assunto de elevada complexidade, polêmico e que ainda suscita diversas dúvidas. Por essas razões, preferiu o legislador deixar o assunto a cargo de lei específica. Nesse sentido foi o comentário de Miguel Reale:

“O Professor Miguel Reale, quando compareceu à primeira das muitas audiências públicas realizadas pela nossa Comissão Especial, respondeu a algumas dessas questões, afirmando que novidades, como o filho de proveta, só podem ser objeto de leis especiais. Mesmo porque transcendem o campo do Direito Civil. Efetivamente, é plenamente justificável a diretriz adotada pela douta comissão que elaborou o anteprojeto no sentido de não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando à legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mudanças sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.”⁶

1.2 Utilização da reprodução assistida como medida terapêutica

1.2.1 Inseminação artificial homóloga e heteróloga

Na fecundação artificial homóloga, os gametas utilizados são os do próprio casal. Essa técnica é utilizada sempre que a fecundação natural não é possível, por problemas reprodutivos geralmente de ordem física no homem ou na mulher. Existem diversas formas de

⁵ *Ibid*, p. 271.

⁶ MOREIRA FILHO, José Roberto. *O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*.

realizar a inseminação artificial, mas todas elas têm a mesma finalidade, qual seja: aproximar os espermatozóides dos óvulos, transpondo obstáculos naturais. Pode-se considerar a inseminação artificial como um auxílio dentro do processo natural de fecundação humana.⁷ Nesse caso, o casal é capaz de produzir gametas viáveis, sendo a inseminação utilizada para facilitar o encontro desses gametas e a fecundação.

Na inseminação artificial heteróloga, além do médico, há a participação de um doador, em razão da esterilidade⁸ do homem ou da mulher. Nesse caso, há de se levar em consideração o sigilo na identidade do doador.

A inseminação artificial, de uma forma geral, trata-se de técnica simples que não gera maiores discussões e polêmicas. Entretanto, tendo em vista o desenvolvimento da tecnologia e a possibilidade de congelamento de gametas por tempo indeterminado, a utilização da inseminação em algumas situações específicas tem gerado ampla discussão no âmbito jurídico. É o caso da inseminação após a morte.

“Recentemente, foi amplamente veiculado na imprensa o caso da viúva inglesa Diane Blood, 30 anos, que requereu o direito de ser inseminada com o esperma congelado de seu marido, então falecido há quase dois anos. Embora a Corte de Apelações de Londres não tivesse permitido que a inseminação fosse feita na Inglaterra, a Associação de Fertilidade Humana e Embriologia autorizou que Diane fizesse a inseminação na Bélgica, em uma clínica particular.”⁹

Apesar de não ser o escopo do presente trabalho, vale ressaltar que outro caso ainda pouco discutido pela doutrina é a possibilidade de utilização da técnica de inseminação artificial por casais homossexuais, naturalmente do sexo feminino.¹⁰

Inclusive, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de adoção de crianças por casais homossexuais, assegurando, ainda, no caso de

⁷ SAUWEN, Regina Fiúza.; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro da bioética ao biodireito*, p. 89.

⁸ Diferença de esterilidade e infertilidade: dizemos que um casal é estéril (esterilidade) quando a capacidade natural de gerar filhos é nula (Exemplo: a mulher tem obstrução das duas trompas; o marido não possui espermatozóides na ejaculação). Já os casais inférteis (infertilidade) têm apenas uma diminuição da chance da gravidez (mulheres com endometriose; homens com diminuição do número e motilidade dos espermatozóides). Disponível em <http://www.clinicafigo.com.br/infertilidade.html>.

⁹ SAUWEN, Regina Fiúza.; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro da bioética ao biodireito*, p. 90.

¹⁰ Acredito, no entanto, que com o recente reconhecimento da união estável entre casais homossexuais pelo Supremo Tribunal Federal, esse é um assunto que terá que ser enfrentado em breve pelos Tribunais.

separação do casal ou falecimento, o direito de convivência da companheira, bem como o direito à sucessão e alimentos. Transcrevo a seguir trechos da ementa do julgado:

(...) ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE.

(...)

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. **Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.**

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

(...)

15. Recurso especial improvido. (Grifei)

Como não existe legislação sobre o assunto, não há qualquer vedação expressa à possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida por casais homossexuais. Ademais, se já foi reconhecida pelo STJ a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo, por uma questão lógica seria difícil negar-lhes a possibilidade de recorrer às técnicas de reprodução assistida.

1.2.2 Fecundação *in vitro*

A fertilização ou fecundação *in vitro* consiste na técnica de reunião dos gametas em um tubo de ensaio, em meio artificial apropriado que possibilite a fecundação e formação do zigoto¹¹, que após iniciada a reprodução celular, será implantado no útero materno, formando o blastócito. Referida técnica pode ser utilizada quando um dos integrantes do casal possui algum problema de infertilidade, seja por parte do homem, quando os espermatozóides não possuem boa mobilidade e capacidade de penetração; seja do lado da mulher, quando o óvulo não possui boa capacidade de receber o espermatozóide e com este interagir.

“Na fertilização *in vitro*, todos os processos biológicos: maturação folicular, fertilização e desenvolvimento embrionário são obtidos em laboratório (*in vitro*), fora do útero materno, procurando obter embriões de qualidade a transferir posteriormente para a cavidade uterina. (...) A duração da etapa realizada *in vitro*, isto é, fora do organismo, é de aproximadamente 48 horas. Os espermatozóides e os óvulos são colocados dentro de um meio de cultura especial e cultivados a 37°C. Então, irá acontecer a fertilização e o desenvolvimento embrionário inicial. Após esse período, o embrião ou embriões formados serão transferidos para cavidade uterina através de um cateter especial durante um exame ginecológico normal.”¹²

Entretanto, a fecundação *in vitro*, bem como as demais técnicas, nem sempre são eficientes e, por isso, há um cuidado para que seja implantado um número determinado de pré-embriões, a fim de que se possa gerar o embrião.

“Durante a fase de preparo dos pacientes são esses devidamente esclarecidos quanto à técnica utilizada e quanto aos índices de insucesso. Jayme Landman informa que uma grande proporção de embriões é perdida após a implantação, inclusive depois que a gravidez já está adiantada. Se um único embrião é produzido e transferido, o procedimento tem de ser repetido em torno de quatro vezes para que a gravidez ocorra em 50% dos casos e oito vezes para que haja sucesso em 70% dos pacientes. Nilo Gonçalves menciona um índice de sucesso, em 1987, de 10% a 25%, bem como que a transferência de um ou dois embriões possibilita expectativa de 25% de sucesso. Se três são transferidos, esse índice

¹¹ O zigoto se forma da fusão do óvulo com o espermatozóide. Ressalto que, apesar de a Resolução nº 1.358 do CFM usar a expressão “pré-embrião”, em alguns momentos desse trabalho, por opção terminológica de alguns autores citados, será utilizada a expressão “embrião”.

¹² DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito*, p. 172-173.

aumenta para 35%. Um dos inconvenientes da multiplicidade de embriões consiste na gestação gemelar, muitas vezes não desejada pela mãe.”¹³

Assim, quanto maior o número de pré-embriões transferidos, maior a chance de implantação, entretanto, tal procedimento pode gerar a gestação múltipla, ocasionando grave risco a gestante e à prole. É, por essa razão, que, atualmente, nos procedimentos de transferência, limitou-se à transferência de no máximo quatro zigotos (ou pré-embriões), conforme dispõe a Resolução nº 1.358 do CFM¹⁴. Além da gestação múltipla, a técnica de fertilização *in vitro* gera, dentre outras, a polêmica questão dos embriões excedentes. Das várias fertilizações feitas para driblar a possibilidade de insucesso, acaba havendo sobra de pré-embriões, na maior parte dos casos. Na fertilização *in vitro* são exigidos do casal vários termos de consentimento, dentre os quais devem optar o que fazer com os pré-embriões excedentes, que poderão ser utilizados futuramente pelo casal, doados à outros casais, permanecerem congelados *ad infinitum*, e, ainda, segundo a Lei 11.105/2005, utilizados para fins de pesquisa ou terapia, caso cumpridos certos requisitos.¹⁵

A maior das críticas sobre a utilização dessa técnica consiste na geração, muitas vezes, de grande número de pré-embriões excedentes, que não serão implantados no útero. Dessa forma, a polêmica sobre o assunto surge quando se fala na possibilidade de utilização desses embriões para fins de pesquisa, o que acaba implicando em seu descarte, tema que foi, inclusive, objeto de discussão na ADI 3510. Deve-se conferir ao embrião *in vitro* a mesma proteção jurídica do nascituro ou à pessoa humana?

¹³ CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 246.

¹⁴ O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. (Resolução 1.358 do CFM)

¹⁵ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

Eduardo Oliveira Leite afirma que do ponto de vista estritamente ético, em nenhum momento dos estágios de uma vida *in vitro*, o pré-embrião pode ser tratado como uma coisa (como pretendem as legislações mais liberais).¹⁶

Contudo, não cabe ao direito desvendar o momento em que se inicia a vida humana (tema pertinente às ciências naturais), mas sim definir a partir de quando se inicia a proteção jurídica dessa vida.

Podemos citar ainda casos concretos que já ocorreram no mundo que suscitam diversos aspectos controvertidos: Um casal homossexual de americanas usou a reprodução assistida para ter dois filhos surdos como elas. Só servia se fosse surdo¹⁷. Casal de brancos que recorrera à inseminação *in vitro* teve duas gêmeas negras por conta de confusão ocorrida numa clínica estatal britânica.¹⁸ Casal que se submeteu à fertilização *in vitro* em 1995, e, hoje separados, disputam a guarda de sete embriões excedentes congelados na Justiça, pois o ex-marido quer que os embriões sejam implantados em sua nova mulher.¹⁹

Devido a esse número imenso de indagações, há quem defenda arduamente que a utilização de tais técnicas deve ser proibida, opinião com a qual não compartilho, uma vez que, diante do fato de que a RA é relativamente recente, muitos progressos ainda estão por vir.

Ademais, não só das técnicas de reprodução assistida, mas também de qualquer procedimento médico, negócios jurídicos, relações familiares, em geral da convivência em sociedade, podem advir várias complicações e indagações e não é por isso que simplesmente abandonaremos tais procedimentos e institutos, ou desistiremos da vida em sociedade, passando a viver em completo isolamento. Não parece, pois, ser a solução mais adequada. Indagações

¹⁶ Além dessa questão surgem diversas outras indagações a respeito da fertilização *in vitro*, as quais, por opção temática, não serão objeto de análise apurada neste trabalho: Qual seria a responsabilidade do médico, em caso de haver qualquer tipo de doença, decorrente da contaminação ou de manipulação incorreta do embrião? Poderá o médico ser responsabilizado caso haja má formação da criança ou esta venha a nascer com características indesejadas? Qual a responsabilidade do médico que implanta número excessivo de embriões, ocasionando gestação múltipla e perigo de vida para a mãe, além do desequilíbrio financeiro e emocional? No caso de gestação múltipla poderão ser retirados alguns embriões? Qual seria o procedimento cabível para empresa que possui embriões e material genético criopreservados em caso de falência, insolvência ou decisão de término de atividades? Qual seria o destino de tal material? (DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*, p. 181-182).

¹⁷ Informação disponível em http://www.istoe.com.br/assuntos/semana/detalhe/21526_CASAL+DE+LESBICAS+SURDAS+OPTARAM+POR+GERAR+FILHOS+TAMBEM+SURDOS?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage

¹⁸ Informação disponível em <<http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI90083-EI294,00-Erro+medico+casal+branco+ficara+com+gemeos+negros.html>>

¹⁹ Informação disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/arquivo/casal-separado-vai-justica-americana-brigar-pela-guarda-embrioes>>

sempre irão surgir, cabe aos homens e ao Direito enfrentá-las, procurando a solução mais razoável. Conforme anunciava Jakobs, em lição tirada da construção da teoria da imputação objetiva no Direito Penal, que pode ser adaptada e aplicada aos conflitos em geral ocasionados em razão da complexa vida em sociedade: apesar de uma sociedade sem riscos não ser possível, ainda assim, ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, portanto, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível. O homem é um ser social, portanto, vive em sociedade, e não existe uma sociedade em que não haja qualquer risco. Pelo contrário, muitas vezes os riscos são necessários a fim de impulsionar-lhes o progresso.²⁰

1.2.3 Gestação de substituição

A gestação de substituição, mais conhecida como “barriga de aluguel”, consiste em uma técnica de RA utilizada quando não é possível que a mulher carregue o embrião, ou seja, quando o estado do útero não permite o desenvolvimento normal do embrião. No Brasil essa técnica é permitida pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 1.358)²¹ se a doadora temporária do útero for parente até segundo grau da doadora genética e, como nas demais técnicas, a doação deve ser gratuita, não podendo ter qualquer caráter lucrativo. Os demais casos de utilização da referida técnica, caso não haja o grau de parentesco, deverão ser submetidos à aprovação do Conselho Federal de Medicina.

Há casos em que a mulher doadora empresta apenas o útero, onde serão implantados os pré-embriões do casal. Em outros casos, a mulher doadora além de emprestar o útero, doa também seus óvulos.

A discussão a respeito dessa técnica consiste em aferir quem será a mãe da criança, a genética ou a gestacional. Na hipótese de a doadora emprestar o útero e doar os óvulos, tendo em

²⁰ Sobre teoria da imputação objetiva conferir: GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Teoria Geral*.

²¹ As clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

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

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

vista que esta será mãe gestacional e biológica, poderá disputar a maternidade da criança? Como os Tribunais deverão decidir a questão?

“Algumas situações podem gerar discussão em relação a quem é de fato a mãe: quando existe disputa pela posse da criança, em casos de crianças malformadas, onde existe chance de abandono da criança, e em situações de separação dos pais biológicos durante a gestação da mãe substituta. No primeiro caso, em algumas situações a Justiça pode decidir com base no que considerar o melhor para a criança. Porém, de forma geral aceita-se o parecer do Conselho da Europa: pais são os que tiveram a intenção de procriar, os que se mobilizaram na busca da gravidez e do filho.”²²

A polêmica, nesse caso, sobre a definição da maternidade poderá ser resolvida considerando a maternidade sob três pontos de vista: a biológica, a socioafetiva ou a gestacional. Se considerarmos a maternidade socioafetiva, a mãe será aquela que fez o planejamento parental, que desejou a criança como seu filho, para tratá-lo com amor, carinho e dedicação, mesmo não tendo nenhum vínculo biológico ou gestacional com ela.²³

Muitas são as críticas à barriga de aluguel, uma vez que essa técnica pode afetar de forma considerável a mulher que empresta o útero, causando-lhe graves danos psicológicos, pois, após enfrentar uma gestação inteira, terá de desistir da criança e cumprir o acordo até o final.

Um caso de gestação de substituição ocorreu no Brasil, no qual a avó deu à luz aos próprios netos:

“A repórter Beatriz Castro acompanhou o primeiro fim-de-semana dos gêmeos Antonio Bento e Victor Gabriel em casa, com a mamãe e a vovó. Eles dormem como anjos, mas na hora errada. Agora é realidade. Caiu a ficha, diz a avó Rozinete Palmeira. (...) Michelle, comerciante de 27 anos que não pode engravidar, realizou o sonho de ser mãe em dose dupla. E tudo graças à coragem e ao amor de Rozinete, 51 anos, que enfrentou uma gravidez de alto risco para dar à luz a netos gêmeos. Ela é agente de saúde e ficou famosa no Brasil e no exterior. Teve cada passo acompanhado pelas câmeras até o parto. (...) Não é qualquer mulher que pode gerar os filhos de outra na gravidez conhecida como barriga de aluguel. A legislação brasileira só permite que parentes próximas recebam o óvulo fecundado de outra mulher. É a avó que amamenta os bebês.”²⁴

²² TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*.

²³ ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*.

²⁴ DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito*, p. 182.

Salvo a Resolução nº 1.358 do CFM, que trata mais de questões administrativas e éticas, não há no Brasil lei que regulamente, de forma detalhada, a técnica de gestação de substituição. Indaga-se: Em contratos onerosos de barriga de aluguel, poderiam as partes contratantes sofrer alguma penalidade? O contrato poderá ser considerado válido? Essas são algumas das questões levantadas a respeito do tema. Caso a criança nasça com algum defeito, poderão os pais contratantes desistir?

“O escândalo provocado pelo caso do bebê Cotton, no qual a mãe de alguém se recusou a entregar a criança aos requisitantes, deu ocasião para a promulgação da Lei dos Acordos de Substituição (Surrogacy Arrangements Act), incriminando a atividade do intermediário. A lei inglesa serviu de modelo para algumas outras legislações: a lei australiana de 1988; a lei espanhola de 1988; e a lei alemã de 1989 e outras mais. No Brasil, não existe legislação específica sobre o assunto. Ainda que a expressão “contrato de útero de aluguel” seja bastante usada, este não recebe amparo legal.”²⁵

Outro famoso caso de gestação de substituição, ocorrido em Nova Jersey, nos Estados Unidos, o casal Elizabeth e Willian, com receio de que uma gravidez pudesse prejudicar profissionalmente Elizabeth, que era advogada, realizou com Mary Beth contrato de aluguel de útero oneroso, e esta foi fecundada artificialmente pelo sêmen de Willian. No entanto, após o parto, Mary se recusou a entregar a criança, alegando que no momento da contratação não poderia prever o vínculo afetivo que iria surgir. O caso foi parar na Suprema Corte, que considerou o contrato ilegal e reconheceu a gestante o direito de a qualquer tempo mudar de idéia e permanecer com o filho. Explícita-se, sem dúvida, com esse entendimento, a repulsa do ordenamento jurídico ao caráter oneroso da cessão de útero.²⁶ Pode-se afirmar ainda que um contrato desse tipo no Brasil não teria validade, pois o art. 104 do Código Civil estipula como requisito para validade do negócio jurídico o objeto lícito. Ademais, a prática de comércio tanto na barriga de aluguel quanto nas demais técnicas de reprodução assistida seria um atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Por todas essas razões é que no Brasil só é possível a utilização da técnica de maternidade de substituição por mulheres que não possam gestar e entre parentes de até segundo grau, desde que seja feito de forma totalmente gratuita.

²⁵ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro da bioética ao biodireito*, p. 110.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*, p. 129.

Não obstante todas essas condições, surge ainda o problema prático do registro civil do bebê. Ressalta Cristiano Chaves que não haverá dificuldade para o registro se o parto for realizado pelo mesmo médico que cuidou do procedimento de fertilização. “Todavia, se o médico que realizar o parto não for o mesmo que promoveu a fertilização em útero alheio, somente poderá aquele que fez o parto registrar na declaração de nascido vivo o nome da parturiente (mãe hospedeira). Neste caso, o interessado ou o próprio Oficial do Registro Civil suscitará procedimento de dúvida ao juiz da Vara de Registros Públicos, que com auxílio da prova pericial (DNA) e determinação do *Parquet*, determinará a inscrição do nome da mãe biológica no registro de nascimento.”²⁷

1.3 Técnicas de reprodução assistida e suas implicações

1.3.1 Conceito de nascituro e ampliação dos limites da concepção *in vivo*

Segundo o autor Cristiano Chaves, a capacidade é um conceito independente de personalidade: capacidade de direito (aptidão para titularizar relações jurídicas, ou seja, para ser sujeito de direito) não se confunde com personalidade; quem tem personalidade, tem capacidade, mas a recíproca não é verdadeira. O conceito de capacidade jurídica está preso a possibilidade do exercício de direitos. A personalidade por sua vez, à proteção dos direitos de personalidade. Personalidade jurídica prende-se às relações existenciais, enquanto capacidade jurídica prende-se às relações patrimoniais. Todo aquele que tem proteção existencial tem proteção patrimonial, mas nem todo aquele que tem proteção patrimonial terá proteção existencial.

Isso explica a condição do condomínio edilício que, apesar de ter aptidão genérica para o exercício de direitos, ou seja, capacidade de direito, é um ente despersonalizado, portanto, não goza da proteção existencial dos direitos de personalidade.

Sob o ponto de vista biológico, o conceito de pessoa varia, mas o que importa é o conceito jurídico. Lembra Clóvis Beviláqua que a personalidade jurídica é mais do que um processo de atividade psíquica, mas também uma criação social exigida para por em movimento o aparelho jurídico:

²⁷ *Ibid*, p. 130.

“a personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.”²⁸

Acerca do início da personalidade jurídica na pessoa física ou natural, tratada de forma bastante controvertida e polêmica na doutrina, aparentemente, a solução para questão estaria contida na primeira parte do art. 2º do Código Civil, que dispõe que a personalidade jurídica começa a partir do nascimento com vida, ou seja, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno²⁹.

A segunda parte³⁰ do art. 2º, todavia, dispõe que o nascituro teria direitos desde a concepção, o que nos remeteria à idéia de que, a partir desse momento, teria início a personalidade jurídica, o que vai de encontro com a primeira parte do referido artigo.

Visando solucionar esse conflito, a doutrina trabalha com as teorias explicativas do nascituro, que são fundamentalmente três.

A teoria natalista considera que o nascituro não deve ser considerado pessoa, uma vez que a personalidade só é adquirida com o nascimento com vida. Segundo essa teoria, o nascituro goza de mera expectativa de direito.

A segunda corrente consiste na teoria da personalidade condicional do nascituro. Para essa doutrina, o nascituro somente passaria a ter plena personalidade sob a condição de nascer com vida, ou seja, o nascituro teria uma personalidade formal quanto a direitos personalíssimos,

²⁸ *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*, p. 124.

²⁹ Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares colabadas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo. Na eventual impossibilidade de utilização desse método principal de investigação (se, por acaso, o pulmão do neonato já vier impregnado de líquido), outras técnicas são aplicáveis [...] (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*, p. 125).

³⁰ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

mas somente consolidaria personalidade material, quanto a direitos patrimoniais, sob a condição de nascer com vida. Essa teoria é moderada e sob o ponto de vista de vários doutrinadores não se arrisca o suficiente.

Adverte a autora Maria Helena Diniz, citada por Pablo Stolze, que,

“na vida intrauterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá.”³¹

Todavia, o maior problema dessa teoria é que há pelo menos uma situação em que o nascituro possui nitidamente direitos patrimoniais, sendo considerado desde já como titular do direito, é o caso dos alimentos gravídicos.

“(…) Têm os nossos Tribunais reconhecido a legitimidade processual do nascituro, representado pela mãe, tendo decisão pioneira da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 14.09.1993 (Ap. Cível n. 193648-1), atribuído legitimidade '*ad causam*' ao nascituro, representado pela mãe gestante, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Concluiu o relator - Des. Renan Lotufo - reportando-se à decisão pioneira no mesmo sentido do Tribunal do Rio Grande do Sul (RJTJRS 104/418) que 'ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte como autor ou réu. Representado o nascituro, pode a mãe propor ação de investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então uma expectativa resguardada'.”³²

A terceira teoria é a concepcionista, da qual são adeptos Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas, Limongi França, Francisco Amaral Santos e Silmara Chinelato. Para essa teoria, o nascituro é dotado de personalidade jurídica desde a concepção. Vale ressaltar que o Pacto de São José da Costa Rica dispõe em seu art. 4º, quando trata do direito à vida: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Entretanto, a teoria concepcionista por ser mais arrojada e moderna, nem sempre é aplicada pela jurisprudência. Ressalta ainda o autor Cristiano Chaves de Farias que não haveria

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: parte geral, p. 127-128.

³² LOMEU, Leandro Soares. *Alimentos gravídicos: aspectos da Lei 11.804/08*. Acesso em 16/10/2011.

distinção prática entre a teoria concepcionista e a teoria condicional, pois ambas concedem direitos ao nascituro, divergindo apenas quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica, que para os condicionalistas estaria submetida a uma condição, enquanto os concepcionistas já admitem desde o momento da concepção.³³

“(…) é infundável a discussão sobre a existência ou não de personalidade jurídica do nascituro. Há duas teorias. A teoria natalista invoca a parte inicial do art. 2º do Código Civil: a personalidade civil da pessoa começa do nascimento. Sustenta que a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, donde é razoável o entendimento de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito. Já a teoria conceptualista focaliza a parte final do mesmo art. 2º: a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Segundo esta corrente, o nascituro adquire personalidade jurídica desde a concepção, e a partir desta data é considerada pessoa. A titularidade diz com os direitos de personalidade e não direitos de cunho patrimonial, que estão sujeitos ao nascimento com vida. Quando tal ocorre torna-se de imediato titular da herança, fazendo jus aos seus frutos e rendimentos desde a abertura da sucessão. Esta é a posição que prevalece em sede jurisprudencial.”³⁴

Lembra Clóvis Beviláqua, na obra *Comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Editora Rio, 1975, p. 178 que o Código Civil teria preferido adotar a teoria natalista, por ser mais prática, entretanto em diversos pontos a própria lei sucumbe à doutrina concepcionista ao proteger o nascituro, inclusive para efeitos patrimoniais, como se fosse pessoa.

Seja qual for a teoria adotada, é indubitável o reconhecimento ao nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer com vida.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.120.676 - SC, em que os recorrentes pleiteavam a indenização do Seguro DPVAT, em razão de acidente automobilístico que sofreram, o qual ocasionou o aborto do feto da autora, que estava na 35ª semana de gestação, incitou-se a discussão sobre o início da personalidade jurídica, havendo divergência no julgamento. A Seguradora levantou a tese de que não poderia se admitir indenização em razão da morte de quem sequer tinha nascido.

No voto vencido do Ministro Relator Massami Uyeda, este pondera:

“A despeito das controvérsias acerca do momento em que se inicia a personalidade civil, infere-se dessas teorias, como ponto em comum, que o

³³ FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*, p.197.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, p. 115.

nascituro, assim compreendido como ser já concebido, mas ainda inserido no meio intra-uterino, titulariza, sim, alguns direitos. Aliás, a parte final do supracitado dispositivo legal é expresso em assentar que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Indaga-se, assim, quais seriam os direitos sobre os quais o nascituro é titular. Na verdade, o nascituro titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo. O nascituro é, portanto, titular dos direitos da personalidade, nestes compreendidos a vida (que, no meio intra-uterino, deve ser propiciada por meio de assistência pré-natal, de alimentos gravídicos e todas as demais condições que proporcione o desenvolvimentos saudável da gestação), a honra, a imagem, o nome, etc. A proteção à vida humana, desde o seu nascedouro (concepção) até o surgimento da pessoa natural (nascimento com vida), é reflexa, decorrente da proteção que o ordenamento jurídico confere à pessoa natural, esta, sim, centro de imputação de todos os direitos e deveres na ordem jurídica por excelência.”

Assim, baseando na teoria natalista, o Ministro ressalta que apesar de serem resguardados certos direitos ao nascituro, somente a partir do nascimento com vida é que se iniciaria a personalidade jurídica, podendo-se falar em pessoa natural. Vale acrescentar ainda trecho do voto: “É de se constatar que os atos que importem a transferência de patrimônio ao nascituro, tais como a doação e a sua inclusão em testamento, encontram-se inexoravelmente sob a condição suspensiva de nascer com vida.”

A conclusão do Ministro Uyeda foi de que, por carecer de personalidade jurídica, o nascituro somente seria titular de alguns direitos, aqueles imprescindíveis para assegurar seu nascimento com vida de forma digna (finalidade a que não se destina a indenização do seguro DPVAT), e, portanto, não poderia ser caracterizado como vítima e beneficiário do seguro DPVAT. Acrescenta que quanto a direitos patrimoniais, o nascituro possui mera expectativa de direito, e que, na hipótese, a vítima, na verdade, seria a gestante, a qual teria direito tão somente ao reembolso das despesas médicas decorrentes do acidente.

No voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, este observa, em interpretação conforme a Constituição e extraindo a finalidade da norma, que a Lei 6.194/1974, ao assegurar a cobertura contra danos pessoais, não se restringe ao óbito da pessoa natural (aquela dotada de personalidade jurídica), mas abrange a pessoa já formada, apta à vida extra-uterina, como na hipótese em apreço.

“Se é certo que a lei brasileira previu como aptos a adquirirem direitos e contraírem obrigações, os nascidos com vida, dotando-os de personalidade jurídica, não excluiu do seu alcance aqueles que, ainda não nascidos,

remanescem no ventre materno, reconhecendo-lhes a aptidão de ser sujeitos de direitos. Nessa toada, o legislador resguardou os direitos aos nascituros: direitos relacionados com a garantia do seu por vir (v. g. direito aos alimentos gravídicos, penalização do aborto, direito à assistência pré-natal), com o resguardo do seu patrimônio (v. g. doação; posse em nome do nascituro; percepção de herança ou legado), com a preservação da sua dignidade enquanto ser humano em formação (direito ao nome; ou, em infeliz situação como a presente, aos cerimoniais fúnebres), desse rol não havendo excluir-se a indenização securitária a ser alcançada aos ascendentes do segurado falecido em face do seu passamento.”

Assim, concluiu o Ministro Paulo de Tarso, que é assegurado ao nascituro à condição de vítima para indenização do seguro DPVAT, dentre outros direitos de ordem patrimonial, e que os beneficiários da indenização, no caso os pais, são chamados ao pólo ativo em decorrência de relação obrigacional.

Destaca-se ainda que já foi reconhecido ao nascituro direito à indenização por dano moral, decorrente da perda do pai em acidente de trabalho. No Recurso Especial nº 931.556 – RS, a Ministra Nancy Andriighi assevera que:

“se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência do pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angustia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contrato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida.”

No caso discutido sobre o pagamento de indenização do seguro DPVAT aos pais, em decorrência da morte do feto com trinta e cinco semanas, concluiu-se que o seguro DPVAT era devido e resguardou-se o direito do nascituro, mesmo não tendo nascido com vida.

Por outro lado, no julgamento da ADI 3510-0 (que questionou a Lei de Biossegurança), houve um aparente reforço à teoria natalista, tese que mais facilita a pesquisa científica, pois para ela o nascituro ainda não é considerado pessoa. Destaca-se, contudo, que o embate ainda não está pacificado.

Para Cristiano Chaves de Farias, a lei civil, ao resguardar expressamente os direitos do nascituro, afastou, peremptoriamente, a tese natalista, por pregar esta corrente que somente seria possível reconhecer direitos do nascituro depois de nascer vivo.³⁵

Muitas são as críticas ao legislador que, ao elaborar o Código Civil de 2002, não encerrou o debate sobre o início da personalidade jurídica da pessoa natural, afirmando que a personalidade tem início a partir do nascimento com vida, resguardando-se desde a concepção os direitos do nascituro. Qual seria a diferença entre um bebê de nove meses que está no útero e um recém nascido de apenas seis meses de gestação? Para parte da doutrina, é lamentável que se conceba que o recém nascido prematuro, que acaba morrendo na incubadora no primeiro dia após o nascimento, tenha adquirido personalidade jurídica; enquanto o feto de nove meses, que tem a sua massa corporal completamente formada, ao morrer no momento do parto, antes da expulsão uterina, nunca existiu no mundo jurídico.

Independente da teoria adotada é certo que são assegurados inúmeros direitos ao nascituro, inclusive de ordem patrimonial, como o direito a alimentos, direito a receber doações e direito à sucessão. Questiona-se, então, em face do surgimento das técnicas de reprodução assistida, em se tratando mais especificamente da fecundação *in vitro*, se haveria necessidade de implantação do embrião no útero para que se possa falar em nascituro.

1.3.2 A proteção jurídica conferida ao embrião *in vitro*

Depois de discorrer sobre as diversas teorias a respeito do início da personalidade jurídica e refletir sobre o assunto que ainda é bastante polêmico na doutrina, surge a seguinte questão: podemos dispensar ao embrião *in vitro* a mesma tutela jurídica do embrião *in utero*?

Quanto à tutela civil do embrião concebido *in vitro* e se este teria ou não personalidade jurídica, equiparando-se ao nascituro, o Código Civil nada dispõe. A doutrina tradicional afirma que o conceito de nascituro não se equipara ao de embrião *in vitro*, pois para que seja atribuída ao novo ser a condição de pessoa natural, é necessária a nidação, implantação no útero materno.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito Civil. Teoria Geral*, p. 197.

“Ocorre que não é possível estabelecer uma sinonímia perfeita entre nascituro e embrião de laboratório. Tradicionalmente, a doutrina afirma que o conceito de nascituro só existe quando há gravidez, ou seja, após a denominada nidação, que é a implantação do novo ser ao útero. Em se tratando de fecundação *in vitro*, ressalta a Professora Silmara Almeida ser necessária a implantação ao útero (nidação), para que ao novo ser seja atribuída à condição de pessoa natural.”³⁶

O conceito de nascituro, segundo Limongi França, é o ente concebido, mas ainda não nascido, dotado de vida intra-uterina. Portanto, os embriões congelados não podem ser chamados de nascituro, mas somente quando implantados no útero materno.

Conceder ao embrião *in vitro* a mesma proteção jurídica do nascituro seria atribuir-lhes não somente os direitos de personalidade (direito à vida, à saúde, à imagem), mas também direitos patrimoniais como doação, herança, que dependem do nascimento com vida para aperfeiçoar-se.

Há quem defenda que poderia ser estendida ao embrião *in vitro* os mesmos direitos do nascituro, com a condição suspensiva de implantação no útero seguida de nidação. Essa corrente, minoritária, pouco modifica a condição do embrião *in vitro*, já que para ser considerado nascituro há a condição de implantação no útero materno e a principal crítica a essa corrente reside no fato de condicionar à equiparação do embrião *in vitro* ao nascituro à vontade de outrem.

“Demais disso, ao se subordinar a aquisição de direitos pelo embrião pré-implantatário à condição representada pela sua transferência ao útero seguida de nidação, seja sob o caráter suspensivo seja pelo resolutivo, estar-se-ia reduzindo a referida titularidade à vontade de outrem.”³⁷

A terceira corrente afirma que o conceito tradicional de nascituro teria sido ampliado para além dos limites da concepção dentro do útero materno, uma vez que a lei não faz distinção quanto ao local da concepção. Para Giselda Hironaka, tal ampliação se deu por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que o nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença do *locus* da concepção. A autora vai mais além, e, ao equipar o status do

³⁶ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Novos temas de biodireito e bioética. Os embriões humanos mantidos em laboratório.*

³⁷ *Ibid*, p. 80.

embrião concebido *in vitro* ao status jurídico do nascituro, afirma que aquele também terá direito à herança.³⁸

Independente do posicionamento adotado, o que não se pode negar é a aproximação do embrião *in vitro* com a natureza humana, e é por isso que este merece proteção jurídica:

“Para que se reconheçam os limites e as possibilidades da proteção jurídica ao embrião pré-implantatório, importa sobretudo pôr-se em relevo a semelhança entre eles e as pessoas humanas nascidas. É preciso que se responda a uma indagação intrigante: quem jamais foi um embrião? E é preciso considerar também que o primeiro bebê de proveta nascido no mundo, Louise Joy Brown, nasceu em 5 de julho de 1978, na Inglaterra, o que quer significar que, muitas pessoas nascidas, hoje, foram, não somente embriões, mas embriões de laboratório.”³⁹

Deve-se ter cautela, pois tal posicionamento pode conduzir ao absurdo de reconhecer certos direitos a embrião que poderá jamais ser implantado no útero materno, podendo ser utilizado, inclusive, em pesquisas científicas.

A própria Lei 11.105/2005, ao permitir, em seu art. 5º⁴⁰, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco-embrionárias obtidas de embriões humanos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento, deixa claro que estes não possuem a mesma proteção dispensada ao nascituro, apesar, entretanto, de merecerem alguma proteção jurídica a fim de evitar abusos e procedimentos antiéticos. Ressalta-se que o referido dispositivo foi alvo de questionamento na ADI 3510/DF, julgada pela Suprema Corte em maio de 2008. No julgamento entendeu-se que o embrião *in vitro* não pode ser confundido com pessoa humana, pois lhe faltam possibilidades de se desenvolver autonomamente. Destacou-se também que não se pode obrigar a mulher ou o casal a utilizar todos os embriões excedentes, pois não existe tal dever e seria uma afronta aos direitos fundamentais da autonomia da vontade e planejamento familiar.

³⁸ HIRONAKA, Giselda. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*.

³⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Novos temas de biodireito e bioética. Os embriões humanos mantidos em laboratório*, p. 91-92.

⁴⁰ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

[...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. [...] Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. [...] O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. [...] IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. [...] A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. [...] O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidadação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. (Ementa. ADI 3510 / DF - Relator Ministro Ayres Britto)

Sendo assim, a utilização para fins de pesquisa e terapia dos embriões *in vitro* deve respeitar certos limites, ante a sua similitude a pessoa humana. Somente pode-se utilizar o embrião para pesquisas caso sejam embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, em ambos os casos sendo necessário o consentimento dos genitores.

A proteção jurídica ao embrião *in vitro* é necessária a fim de repudiar qualquer exploração comercial e eliminação pura e simples sem que se obedeça a certas regras e princípios

éticos, pois “toda atividade abusiva que venha a atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humana assegurados constitucionalmente”⁴¹.

Parte da doutrina defende posição diversa, entendendo que, na dúvida em dizer o que são os embriões (vida ou coisa), deve-se optar a favor da vida, retirando a possibilidade de descarte, utilizações dos embriões em pesquisas e até mesmo de congelamento de embriões.⁴² Ora, retirando todas essas possibilidades, só sobra uma, a implantação no útero materno, mas essa depende da vontade de outra pessoa. Dessa forma, a técnica de fertilização *in vitro* restaria inviabilizada, tendo em vista que, para aumentar as chances de obtenção de sucesso, é necessária a produção de vários embriões. Assim, na maioria dos casos nem todos os embriões serão utilizados e haverá conseqüentemente sobra de embriões. O destino dos embriões excedentes provavelmente será o congelamento ou a utilização em pesquisas científicas, portanto, não há como equipará-los a uma vida humana, pois caso não sejam implantados no útero não terão a menor possibilidade de prosperar.

A posição majoritária da doutrina entende que não cabe admitir ao embrião *in vitro* as mesmas características de nascituro ou pessoa natural, nem mesmo de prole eventual.

1.3.3 Utilização dos embriões excedentes em pesquisas e a Lei de Biossegurança

Quanto à utilização da técnica de fecundação *in vitro*, surge o questionamento de qual será o destino dos embriões excedentes? No caso de separação ou divórcio e, até mesmo, morte do casal, de quem serão os embriões?

Dispõe a Resolução 1.358/92 do CFM que o casal deverá mencionar expressamente o que deseja fazer com os embriões nesses casos (*v.g.* se deseja doá-los para pesquisa e terapia). Entretanto, a Resolução veda expressamente a possibilidade de descarte: “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.”

⁴¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Novos temas de biodireito e bioética. Os embriões humanos mantidos em laboratório*, p. 94.

⁴² DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*, p. 192.

A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) regula a possibilidade de utilização de embriões fertilizados *in vitro* para fins de pesquisa e terapia, limitando-a, porém, aos embriões inviáveis e congelados há mais de 3 anos, sempre com o consentimento expresso do casal. Na época, questionou-se que tal lei violaria o direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. Houve quem afirmasse que a pesquisa científica deveria se limitar às células-tronco adultas ou do cordão umbilical, já que bons resultados vêm sendo obtidos.

Sobre o suposto direito à vida conferido ao embrião *in vitro*, já restou demonstrado, embora haja opiniões divergentes, que a este não é garantida a mesma proteção jurídica conferida ao nascituro. Assim, não há que se falar em direito à vida do embrião *in vitro*, até porque para que esse direito se concretizasse haveria de ter manifestação de vontade de terceira pessoa, no caso a futura mãe. O casal, quando opta pela técnica de fertilização *in vitro*, é informado de quantos embriões serão formados e quantos serão transferidos ao útero materno (sendo hoje esse número limitado a quatro, a fim de evitar gestações múltiplas). Quanto aos embriões excedentes, o casal deve informar se pretende preservá-los ou doá-los a outros casais ou a pesquisas.

A doação para fins de pesquisa científica não constitui violação ao direito fundamental à vida, conforme já decidiu o Supremo no julgamento da ADI 3510, mesmo porque, possivelmente, não fossem as pesquisas, somente dois destinos seriam possíveis para esses embriões, o do congelamento eterno ou então o descarte. Não se pode falar em direito à vida, quando este depende da manifestação de vontade de um terceiro.

Há, contudo, quem defenda que o início da vida coincide com o momento exato da fusão dos gametas materno e paterno. Respeitável opinião pode até ser admitida caso a fusão dos gametas seja intracorpórea. Ao revés, não se pode dizer o mesmo quando a fusão ocorrer por meio da fertilização *in vitro*, pois mesmo já tendo se iniciado o desenvolvimento embrionário, este somente poderá se completar, com a implantação no útero materno, fenômeno que depende da manifestação da vontade da mulher.

Após a descrição das principais técnicas de RA e uma breve análise da repercussão existente no mundo jurídico, explicação das três teorias explicativas do nascituro, bem como a discussão sobre a proteção conferida ao embrião *in vitro* e o questionamento sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, passaremos, no próximo capítulo, a analisar as implicações das técnicas de RA sobre o instituto da paternidade e maternidade.

2 IMPLICAÇÕES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA NA DEFINIÇÃO DA FILIAÇÃO

2.1 Uma releitura dos institutos da paternidade e maternidade

O início da organização do homem em sociedade se originou com a formação das primeiras estruturas familiares. Na Idade Antiga, o conceito de família foi marcado pelas guerras, pelo poder político e patrimonial. O homem era quem determinava suas crias, bem como podia rejeitar os filhos que não serviam aos seus interesses, como os que nascessem com alguma deficiência. O objetivo principal era a manutenção do império conquistado, por isso a procriação servia como maneira de aumentar a população. Os filhos deviam ser fortes e saudáveis, para que fossem úteis durante as guerras de conquistas de novos territórios, para expansão do império.

Na Idade Média, a figura patriarcal ainda é o centro de todas as atenções. Os filhos não podiam praticar nenhum ato da vida civil sem o aval do pai, enquanto este vivesse. Assim, os filhos eram de sua propriedade. Na Idade Moderna, a figura paterna continua sendo o centro da família, detentor de todas as decisões familiares.

Com a revolução francesa, houve uma mudança nas relações familiares, a passagem do filho objeto para o filho sujeito de direitos, modificando-se o dever de tratamento e cuidado para com os filhos. Entretanto, o pai continua sendo a figura central, o chefe de família.

No Brasil, com advento da Constituição de 1988, as mulheres passam a ocupar posição privilegiada em relação à guarda e educação dos filhos e a figura do pai autoritário e distante de antigamente, cedeu lugar ao ideal de um pai próximo, compreensivo e companheiro, mais carinhoso e participante. “O pai moderno acompanha com entusiasmo a gravidez, participa até do curso de gestantes e devora avidamente livros de cuidados com o bebê ou de educação infantil.”⁴³

“Não se é pai ou mãe por imposição da Lei, dos costumes, da religião ou de qualquer instituição – não se exaurem as questões investigativas da Lei 8560/92, as decisões sentenciadas e estabelecidas. O mais importante é o afeto, o vínculo de amor incondicional e perpétuo – não se impõe um pai a um filho, como não se deve se impor um filho a um pai, pois na realidade isto é a fragilização total dos vínculos familiares.”⁴⁴

⁴³ CRISTINA, Maria Frascari. *Paternidade responsável x paternidade afetiva*, p. 73.

⁴⁴ *Ibid*, p.72.

Até recentemente, o direito trabalhava com relativa segurança quanto à identidade materna ser sempre certa e a paterna, presumida. Com o advento das técnicas de reprodução assistida o princípio *mater semper certa est* ficou abalado, pois a maternidade, como dito, pode ser aferida a partir de três aspectos: biológico, gestacional e afetivo. A presunção de paternidade também fica abalada, pois agora esta pode ser verificada de duas formas, a biológica e a socioafetiva, esta advinda do reconhecimento social e jurídico, mas não dos laços consangüíneos.

Assim, há considerável impacto na averiguação da filiação. No caso, por exemplo, da doação de óvulos, a maternidade biológica e gestacional não coincidirá com a socioafetiva. Nesse caso a doadora dos óvulos jamais poderá reivindicar a maternidade, em virtude da obrigatoriedade de sigilo do doador e receptor, um em relação ao outro. Já quando a mãe gestacional não coincide nem com a biológica, nem com a socioafetiva, tal situação ocorre quando há doação de óvulo e utilização da técnica de mãe de substituição (utilizada quando nos casos em que a mulher não pode ter uma gestação normal). A maternidade, neste caso, deverá ser aferida pelo critério socioafetivo, ou seja, a mãe será aquela que fez o planejamento parental, que desejou a criança como seu filho.

Assim, o elemento socioafetivo tem ganhado grande destaque na definição da filiação, que passa a ser entendida como resultado de uma convenção ou manifestação de vontade.

“A parentalidade está em vias radical de transformação. A noção de família passa por profundas reformas. Em breve, segundo os mais pessimistas, não haverá senão uma recordação da família, tal como pensada e vivida atualmente. Para a alteração do modo das relações familiares concorrem vários fatores, alguns de ordem científica, outros de ordem moral e social. Entre os primeiros estão, sem dúvida, as técnicas de inseminação e fertilização assistidas e a engenharia genética, enquanto, entre aqueles de ordem social estão, dentre outros, as separações conjugais, os novos casamentos, a luta por uniões legalmente reconhecidas e homossexuais, a adoção masculina e a própria aceitação do uso das técnicas de procriação assistida e do “útero de aluguel”.⁴⁵

Primeiramente, cabe ressaltar que, para o Direito Civil brasileiro, o contrato de útero de aluguel não é válido. A técnica de mãe de substituição somente pode ser utilizada em casos

⁴⁵ SAUWEN, Regina Fiúza; HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro da bioética ao biodireito*, p. 99.

excepcionais e nunca de forma onerosa, sendo que a mãe doadora do útero deve ser parente da mãe biológica ou socioafetiva. Em segundo lugar, a transformação do instituto familiar deve-se muito mais a mudanças comportamentais da mulher e do homem na relação conjugal do que propriamente às técnicas de reprodução assistida. O que se questiona, na verdade, diante da evolução da reprodução assistida, é como se aferir a filiação, pois nestes casos, ao menos, em tese, poderá haver dupla maternidade ou dupla paternidade (socioafetiva ou biológica).

2.2 Análise da filiação no Código Civil

2.2.1 Consentimento do cônjuge na inseminação artificial heteróloga e paternidade socioafetiva

O instituto da paternidade é tratado pelo Código Civil em seu art. 1597 e dispõe que a paternidade é presumida quando havida por inseminação artificial homóloga, a qualquer tempo, e inseminação artificial heteróloga, quando houver consentimento do cônjuge.

No caso da inseminação artificial heteróloga, ao consentir expressamente, autorizando o procedimento, o cônjuge demonstrou de forma inequívoca a vontade de ser pai, mesmo que não haja o vínculo biológico. Assim, permitir que o cônjuge ou companheiro, após autorizar a inseminação artificial heteróloga, se retrate em relação ao reconhecimento de paternidade, procurando desconstituí-la, não se figura aceitável. O que está em questão é o destino de uma vida humana, portanto, tal decisão deve ser bem pensada, uma vez que o pai socioafetivo, depois de realizada a técnica, não pode desistir, devendo assumir a paternidade da criança.

“Entende a melhor doutrina que a verdadeira paternidade não pode ser fundada somente no elemento biológico, estendendo-se ela a um estranho, para a criança. O elemento socioafetivo vem respaldar a posse do estado de filho detida pelo pai jurídico, devendo essa verdade preponderar sobre a verdade biológica.”⁴⁶

⁴⁶ CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 278.

Sempre que há um embate jurídico acerca da reprodução assistida é o princípio do melhor interesse da criança que deve vigorar. Para evitar problemas desse tipo é que o casal deve ser informado de forma clara e precisa sobre todas as questões que envolvem a utilização de técnica de reprodução assistida. Sobre o consentimento informado, dispõe a Resolução 1358/92, do Conselho Federal de Medicina:

“O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir os dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.”⁴⁷

A decisão de recorrer à técnica de reprodução assistida deve ser um desejo comum do casal, que determina o projeto parental. Assim, a mulher que decide recorrer à inseminação artificial heteróloga deve obter o consentimento do marido, caso contrário, a paternidade não poderá ser imputada ao marido e constituirá até mesmo causa de dissolução do matrimônio. “Em tais casos, ressalta Moreira Filho, além da falta do querer ser pai, ou seja, da filiação socioafetiva, há a presença da fraude e da deliberada intenção de levar a erro.”⁴⁸

No caso do doador do esperma, é certo que a este não será imputado qualquer vínculo com a criança, pois, a partir do momento em que aceita ser doador, abdica de qualquer poder familiar. Assim, futuramente caso a criança descubra a identidade de seu pai biológico (que sempre deve ser mantida em sigilo), não poderá requerer qualquer direito patrimonial ou quanto ao reconhecimento de paternidade. Esse doador não poderá ter qualquer vínculo com as crianças e, por isso, para evitar transtornos, sua identidade deve ser preservada. A aferição da paternidade nesses casos se resolve pelo vínculo socioafetivo, devendo-se investigar quem manifestou a vontade de ser pai.

Nesse mesmo sentido, indaga-se sobre a possibilidade de utilização do esperma do cônjuge após a sua morte, sem que houvesse autorização expressa para tal. Deve ser levada em

⁴⁷ Resolução nº 1358, do Conselho Federal de Medicina.

⁴⁸ MOREIRA FILHO *apud* CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 259.

consideração a vontade do *de cuius*, quando em vida, de ser pai, ou não seria necessária investigação nesse sentido?

2.2.2 Inseminação artificial em mulheres solteiras, viúvas e divorciadas e suas implicações. Conflito entre o direito ao reconhecimento da identidade biológica e o sigilo das informações

No Brasil, não há vedação que impeça a mulher solteira, viúva ou divorciada de recorrer à reprodução assistida. A Resolução 1.358 do CFM dispõe que: “Toda mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.” Assim, não há qualquer vedação à utilização dessas técnicas por mulheres solteiras.

“O direito à procriação é legítimo a qualquer ser humano, logo, não se pode impedir que a medicina sirva como um meio hábil para atingir tal fim. Deve-se ter em mente, porém, que a conduta médica deverá voltar-se tão somente à satisfação do interesse das partes envolvidas, qual seja, formar uma família ainda que de modo diverso do convencional. A comercialização da vida humana deve ser condenada a fim de evitar atitudes inescrupulosas tanto de médicos, como das partes a serem beneficiadas pela reprodução assistida.”⁴⁹

Quando a técnica de inseminação artificial heteróloga é utilizada por mulheres solteiras ou viúvas para constituir uma família monoparental, que é reconhecida pela Constituição como entidade familiar, a questão a ser enfrentada diz respeito à identidade do doador: se deve permanecer em sigilo, ou se, no futuro, a criança desejar ter sua paternidade reconhecida, deverá prevalecer o direito ao reconhecimento do vínculo biológico? Segundo Moreira Filho, não é possível atribuir-se ao doador qualquer vínculo de filiação.⁵⁰ Assim, mesmo que a criança no futuro requeira o reconhecimento de sua identidade genética, e que esse direito lhe seja

⁴⁹ CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 269.

⁵⁰ MOREIRA FILHO *apud* ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*.

reconhecido, isto não poderá acarretar quaisquer obrigações ao doador ou direitos relativos à criança, uma vez que ao doar seu sêmen ele abdica voluntariamente de sua paternidade.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 27, que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem nenhuma restrição, observado o segredo de justiça.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no caso de adoção à brasileira⁵¹ sobre o direito de reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros, entendendo que o princípio da dignidade da pessoa humana traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal. Assim, entendeu o STJ que cercear o direito ao reconhecimento da identidade biológica constituiria em violação a dignidade da pessoa humana, e que a existência de vínculo socioafetivo não retira o direito ao reconhecimento da origem genética. Cito trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial 833.712 - RS:

“Cinge-se a controvérsia a saber qual a paternidade/maternidade que deve prevalecer quando conflitantes: a biológica ou a sócio-afetiva. Tendo sido julgado procedente o pedido investigatório, foi este reformado em grau de apelação, por considerar o Tribunal Estadual que, em se tratando de “adoção à brasileira”, *“a verdade socioafetiva se sobrepõe à verdade genética”* (...) Acresça-se à premissa anterior, que não é correto impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida de ter esclarecida sua verdade biológica. Ademais, o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal, (...). Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar “adotivo” e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.”

⁵¹ Modalidade irregular de adoção, “é aquela “em que mães que não conseguem ou desejam criar seus filhos os doam para outras famílias, geralmente de melhor renda”, que o assume, declarando ao oficial do registro civil que se trata de filho havido daquela família, pelas vias normais. (CONSALTER, Zilda Mara, *O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas*).

Assim, há que se considerar que, se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética sem que isto constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, porventura formada, e sem que implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação (herança, direito ao nome, convivência, alimentos e outros) que não o do reconhecimento genético.⁵²

A proteção ao direito de reconhecimento da identidade genética ocorreria por meio da ação de investigação de paternidade, que, por ser imprescritível, pode ser ajuizada durante toda a vida do interessado.

O que garante o direito das pessoas a saberem de que tronco familiar são provenientes é a tutela legal dos direitos de personalidade, prevista especificamente no artigo 12 do Código Civil. Ressalta-se que o direito ao reconhecimento da identidade genética não significa a desconstituição de paternidade dos pais socioafetivos, nem subjugação, discriminação ou preponderância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, apenas assegura a certeza da origem genética, a qual poderá ter preponderância ímpar para a pessoa que a busca e não poderá nunca ser renunciada por quem não seja o seu titular.⁵³

Apesar do direito ao reconhecimento do vínculo biológico, tal prerrogativa somente pode ser exercitado pelo seu titular, por meio da ação de investigação de paternidade, devendo permanecer, nos demais casos, o sigilo do doador, afinal não houve qualquer manifestação de vontade de ser pai, mas sim de doar um gameta com o fim, tão somente, de ajudar, gratuitamente, um casal ou uma pessoa singular a realizar o sonho de ser pai ou mãe.

Eduardo de Oliveira Leite defende o anonimato do doador, afirmando que, além do fato de o direito ao reconhecimento da origem genética já estar superado no direito de filiação mais moderno, defender o direito à ação de investigação de paternidade contra o doador do sêmen seria defender que todas as crianças adotadas tenham direito a buscar sua origem genética.⁵⁴

Sobre o anonimato do doador, dispõe a Resolução 1.358 do CFM que: “Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Obrigatoriamente será mantido o

⁵² CONSALTER, Zilda Mara, *O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas*.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE *apud* ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*.

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

Assim, em regra, tanto na doação de gametas quanto na doação de embriões deverão ser observados a gratuidade na doação e sigilo dos doadores. No Brasil, observa-se também o consentimento informado, sendo que a emissão do consentimento veda qualquer impugnação à filiação posterior.

A meu ver, em regra, o desejo da criança em investigar a sua filiação biológica não deve prevalecer sobre a manutenção do sigilo do doador. Entretanto, a depender do caso concreto, caso haja uma motivação relevante, que vai além do simples desejo de reconhecer sua filiação biológica, como no caso de afetação por grave doença e quando a investigação da filiação biológica se fizer necessária para a manutenção da vida, poderá haver a mitigação desse sigilo. Nesse caso, porém, a investigação deve se dar somente para esse fim, e com intermediação do médico, a fim de que a identidade do doador não seja revelada a criança, conforme determina a Resolução do CFM nº 1.358/92.

2.3 Utilização do material genético preservado após a morte do doador e necessidade de sua manifestação de vontade

Por não ser objeto de herança, de quem seria a titularidade do sêmen depositado na clínica de fertilização? A simples autorização em formulário da própria clínica é suficiente para legitimar o procedimento ou o consentimento deve ser manifesto em escritura pública ou testamento? Dispõe a Resolução nº 1358 do CFM, no item V, nº 3 que: “No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

Quanto à necessidade de escritura pública para consentir o uso do sêmen congelado após a morte, acredito ser inviável exigir tamanha formalidade, uma vez que somente se exige

escritura pública nos casos expressamente ditados pela lei.⁵⁵ Na hipótese, como sequer há lei regulamentando as técnicas de reprodução assistida, não há que se falar em necessidade de escritura pública, bastando uma simples manifestação de vontade do falecido quando em vida, sem forma pré-definida.

Alguns doutrinadores ressaltam ainda o dever de observância aos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana no tocante à liberdade no planejamento familiar, prevista no art. 226, §7º, da Constituição Federal.

“Os pais, quando adquirem este status, automaticamente, por força do princípio constitucional da paternidade responsável, são contemplados com deveres e direitos que subsistem à falência conjugal. Aliás, pode-se ir mais longe e afirmar-se que, na verdade, estes deveres preexistem ao próprio nascimento da criança ou mesmo a sua concepção, pois este é um princípio que também fundamenta o planejamento familiar, ou seja, observar a paternidade responsável implica planejar o nascimento dos filhos.”⁵⁶

Entretanto, indaga-se: como um pai poderá exercer esses deveres se pretender ter um filho depois de morto, considerando que ser pai não consiste em simplesmente colocar um filho no mundo e que o poder familiar abrange o suporte afetivo, educacional, na formação do caráter e personalidade da criança, a orientação e apoio nas mais diversas situações da vida?

Os deveres advindos da paternidade não se encerram no âmbito patrimonial, com o pagamento de pensão alimentícia ou em assegurar uma herança ao filho. É dever da família, e, portanto, do pai, segundo o art. 227 a 229 da Constituição Federal de 1988: 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. Dispõe ainda o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente que “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

⁵⁵ Art. 107 do Código Civil de 2002: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁵⁶ AVANDINI, Cristiane Alves, *Tendências constitucionais do Direito de Família*, p. 37.

Diante dessas questões, seria possível e razoável aceitar que alguém queira ser pai após a morte ou presumir tal aceitação? Referida indagação deve ser analisada à luz do caso concreto, não podendo ser respondida de forma genérica.

Mesmo que admitida a possibilidade de utilização do material genético de pessoa falecida, em observância a sua vontade de ser pai, necessita-se de uma manifestação ou autorização prévia nesse sentido. Entretanto, apesar do dispositivo da Resolução do CFM⁵⁷, questiona-se ainda acerca da real necessidade de autorização por escrito.

“Vem aumentando enormemente a solicitação de uso deste sêmen em caso de morte do homem, pela viúva ou pelos pais do morto. Por outro lado, no caso de haver embriões congelados e ocorrer a morte de um dos cônjuges, às vezes o outro solicita autorização para transferência destes embriões; no caso de morte da mulher, o marido tem-se proposto a indicar quem gestará a criança.”⁵⁸

Sobre o tema, recente decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), entendeu pela possibilidade de utilização do material genético do falecido para utilização em inseminação artificial por sua esposa, mesmo sem autorização por escrito.

“Nasceu anteontem, em Curitiba, Luiza Roberta, o primeiro bebê brasileiro gerado com sêmen do pai morto. A mãe, Katia Lernerneier, 39, obteve em maio de 2010 autorização inédita da Justiça para inseminação artificial com o sêmen do marido, morto em fevereiro de 2010. Roberto Jefferson Niels morreu de câncer, aos 33 anos. Ele e Katia, casados havia cinco anos, tentavam engravidar havia três. Com a morte de Niels, ela quis dar continuidade ao plano. A inseminação com o sêmen armazenado, porém, não foi autorizada pelo laboratório nem pelo Conselho Regional de Medicina, pois não havia consentimento prévio de Niels. Como não há lei sobre o tema no país, temiam uma infração ética. Após a decisão da Justiça, que considerou ser possível presumir a vontade do marido, Katia fez três tentativas de inseminação até conseguir engravidar, em outubro -oito meses após a morte.”⁵⁹

⁵⁷ Item V, nº 3: No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

⁵⁸ TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*.

⁵⁹ Disponível em <http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=6889>. Publicado em 22/06/2011 e consultado em 04/08/2011

No caso, a prova testemunhal confirmando a vontade do falecido prevaleceu e foi suficiente para substituir autorização por escrito.

Há quem defenda posição totalmente contrária à utilização da técnica de inseminação após a morte do pai biológico, argumentando, para isso, que a reprodução assistida deve ser utilizada com objetivo de projeto parental e que tal objetivo não estaria presente no caso da inseminação *post mortem*, quando na verdade prepondera o interesse da viúva, que com a utilização da técnica procura um meio de ressuscitar o falecido.

“A partir do exposto, surge um questionamento: existe direito à reprodução após a morte? Esta possibilidade deve ser confrontada com a problemática da concepção/nascimento de uma criança sem pai ou sem mãe. Se era desejo do casal ter filhos e se o procedimento é ‘pró-vida’ parece eticamente aceitável. Porém, estando a criança fadada a nascer órfã de pai, isto não feriria o princípio da não maleficência? Outro aspecto é que se a motivação do cônjuge restante em gerar esta criança for para preencher o espaço deixado pelo parceiro ou por motivos financeiros relacionados à herança, o filho está sendo buscado como um meio e não um fim, o que fere a dignidade do ser humano.”⁶⁰

Todavia, a Constituição, em seu art. 226, §4º, reconhece como entidade familiar a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus descendentes.⁶¹ Assim, na medida em que é admitida a utilização de técnica de inseminação heteróloga por mulheres solteiras com o fim de constituírem família monoparental e com isso gerarem um filho cujo pai biológico sequer é conhecido, não faz qualquer sentido, negar à viúva a utilização do sêmen de seu falecido marido, em técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, desde que haja prova da manifestação de vontade do *de cuius* em ser pai, que, vale ressaltar, não precisa ser por escrito. Nessa hipótese, deve preservar o instituto da família monoparental.⁶²

Após concluir pela possibilidade de utilização do material genético após a morte, desde que seja observada a manifestação de vontade do falecido quando em vida, trataremos no

⁶⁰ TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*.

⁶¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

⁶² Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. (DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, p. 117.)

próximo capítulo de analisar o tema sob o ponto de vista do direito sucessório. O filho havido por técnica de inseminação artificial *post mortem* teria direito à herança, equiparando-se aos demais filhos?

3 A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DO FILHO HAVIDO POR TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA APÓS A MORTE DO PAI BIOLÓGICO

3.1 Legitimidade do filho concebido após a morte do pai para ser herdeiro legítimo

O Código Civil garante direitos sucessórios às "pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (art. 1.798, Código Civil). Assim, filhos de inseminações *post mortem* não seriam herdeiros para o Direito Positivo, contrariando, dessa forma, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º da Carta Magna, que determina que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

“Na tentativa de minimizar o efeito nocivo do referido artigo, o Código Civil buscou, em seu art. 1.799, assegurar os direitos sucessórios desta criança, propondo que a mesma pode vir a suceder desde que tenha sido indicada em testamento pelo *de cuius*.”⁶³ Alguns entendem que tal dispositivo é polêmico, pois diferencia os filhos havidos por inseminação artificial *post mortem* dos demais.

“Não é coextensivo o rol dos legitimados à sucessão legítima e testamentária. As pessoas nascidas ou já concebidas têm legitimidade para herdar em qualquer das duas modalidades sucessórias (CC 1798). Somente as pessoas físicas, ainda que não nascidas, tem capacidade para suceder como herdeiros legítimos. Na sucessão testamentária há um maior número de legitimados. Por meio de testamento é possível instituir outros beneficiários: pessoas sequer concebidas, pessoas jurídicas e até pessoas jurídicas ainda não constituídas, para tornarem-se fundação. (CC 1799).”⁶⁴

Conclui-se, portanto, que o nascituro tem legitimidade para ser herdeiro testamentário ou legítimo, pois já concebido ao tempo da sucessão. Quanto ao concepturo (prole eventual), em princípio, este só teria legitimidade para ser herdeiro testamentário, pois para adquirir a herança o

⁶³ CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 283.

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 112.

herdeiro legítimo deve existir no momento da abertura da sucessão, tendo sido ao menos concebido, para que ela lhe seja transmitida, é o que dispõe o art. 1798, do Código Civil.

Para alguns, a solução encontrada, a fim de garantir ao filho concebido *post mortem* algum direito sucessório foi a sucessão testamentária, pois somente nesta poderá ser chamado a suceder a prole eventual de pessoas indicadas pelo testador. A única exigência do dispositivo é de que as pessoas indicadas como genitores da futura prole estejam vivas no momento da abertura da sucessão, e que o filho seja concebido no prazo de dois anos, caso não haja disposição diversa no testamento. Entretanto, se o de *cujus* não garantir, expressamente, por meio de testamento, os direitos sucessórios da criança concebida *post mortem*, esta, a rigor da lei, nada herdará.

“Tal solução, com certeza, ainda irá gerar muita polêmica, em razão do tratamento distinto que o NCC confere à criança nascida através desta técnica, visto que os filhos naturais, os adotivos, os havidos por inseminação heteróloga e até de fecundação *in vitro* terão direito à sucessão hereditária, enquanto que os havidos de inseminação *post mortem* somente terão direito à sucessão testamentária.”⁶⁵

Para Maria Berenice Dias, nada justifica excluir da herança o filho concebido *post mortem*, ainda mais quando este foi concebido pelo desejo do genitor em vida. Para a autora, o uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar, não cabendo fazer restrições aos filhos concebidos por meio dessas técnicas.

“A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (...) Na concepção heteróloga – fertilização artificial por doador – é indispensável a autorização. Ausente tal, não há como falar em capacidade sucessória, pois não há nem vínculo biológico e nem manifestação escrita do falecido. O consentimento é retratável até a concepção, depois não mais. Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por

⁶⁵ ALDROVANDI; FRANÇA. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*.

expresso consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida.”⁶⁶

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka propõe que, no caso de fecundação *post mortem*, deve se proceder à ruptura do testamento eventualmente existente ou da sobrepartilha dessa herança, conforme dispõem os arts. 1.973 a 1.975 ⁶⁷, como se fosse um filho desconhecido e posteriormente declarado como tal. ⁶⁸ Assim, o instrumento a ser utilizado por essa criança seria a ação de petição de herança.

Destaca-se opinião contrária, de Eduardo Oliveira Leite, entendendo que, ao limitar a legitimação sucessória às pessoas concebidas até abertura da sucessão, o legislador excluiu as resultantes de inseminação artificial *post mortem*, argumentando que só com a alteração legislativa essa situação poderia ser modificada. No mesmo sentido é a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama que afirma que o filho resultante de inseminação artificial *post mortem* não tem direito sucessório.⁶⁹

Mauro Antonini entende, contudo, que parece possível sustentar que, se o marido ou companheiro tiver deixado anuência expressa, consentindo com a inseminação *post mortem*, estabelece-se o vínculo de paternidade e, por extensão, o direito sucessório. Ressalta ainda o autor que o art. 1.798 tem por finalidade resguardar o direito do nascituro e não excluir os filhos concebidos após abertura da sucessão.⁷⁰ Assim, ao interpretar o dispositivo deve-se levar em consideração a finalidade da norma.

A doutrina que se inclina em admitir o direito sucessório aos concebidos *post mortem*, se inclina também em estabelecer um prazo para que ocorra a concepção. Alguns entendem razoável o prazo de dois anos, fazendo uma analogia ao disposto no art. 1800, §4º, do CC. Entretanto, a maior parte dos autores que reconhecem o direito sucessório dos filhos concebidos por inseminação *post mortem*, tende a estabelecer como limite o prazo prescricional

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 117-118.

⁶⁷ **Art. 1.973.** Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.

Art. 1.975. Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

⁶⁸ CAHALI, Francisco. *Sujeitos da sucessão – Direito das sucessões*, p. 23.

⁶⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de, et al. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*, 2008.

⁷⁰ *Ibid.*

da ação de petição de herança, evitando assim a possibilidade de gerar uma situação de insegurança jurídica por tempo indefinido.

Outra corrente, com entendimento diverso, afirma que não há qualquer justificativa para tal limitação, uma vez que não há prazo para exercer o direito de reconhecimento de paternidade. Contudo, não se pode dar tratamentos equivalentes ao direito ao reconhecimento da filiação e a direito a receber herança, pois este último trata-se de direito patrimonial e, portanto, disponível. Assim, tratando-se de direito sucessório, de cunho eminentemente patrimonial, deve haver um limite para que eventual herdeiro possa pleitear o direito ao recebimento de sua parte na herança, em prol da segurança jurídica dos demais herdeiros: caso contrário, a partilha nunca seria definitiva.

3.2 Legitimidade do embrião implantado após a morte do pai para ser herdeiro

Há quem defenda que o art. 1.798 do Código Civil, ao mencionar que são legitimadas a suceder as pessoas já concebidas ao tempo da abertura da sucessão, sem diferenciar o lugar da concepção, estende a capacidade para ser herdeiro legítimo ao embrião fertilizado *in vitro* e ainda não implantado no útero materno quando da abertura da sucessão. Dessa forma, estaria se equiparando o embrião *in vitro* ao nascituro. Para Maria Berenice Dias, somente os já nascidos ou pelo menos concebidos poderiam figurar no rol de herdeiros legítimos, não importando o local da fecundação, pois a lei não fez qualquer distinção sobre isso: “Somente as pessoas já nascidas ou já concebidas – os nascituros com vida intra-uterina e os embriões concebidos *in vitro* – têm capacidade sucessória. O princípio é o da coexistência.”⁷¹

“Resolução do CFM exige expressa manifestação de vontade para o armazenamento e criopreservação de espermatozoides, óvulos e pré-embriões, e a Lei de Biossegurança limita-se a proibir a sua comercialização. O Código Civil, ao pôr a salvo o direito do nascituro (CC 2º) não faz distinção entre a concepção natural e artificial.”⁷²

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 113.

⁷² *Ibid*, p. 116.

Esse também é o posicionamento da autora Silmara Chinelato ⁷³, que entende que pelo fato de o Código Civil não fazer distinção entre o *locus* da concepção, o conceito de nascituro abrangeria o embrião pré-implantatário.

No entanto, a polêmica é grande na doutrina, e parte desta discorda veementemente, defendendo posição totalmente contrária:

“No que tange à utilização de embriões *post mortem*, entende José Roberto Moreira Filho, que o embrião conservado fora do útero não é considerado nascituro e sua condição jurídica é indefinida, embora merecedora de proteção. Acrescenta ainda que, para que o embrião possa receber bens por sucessão legítima, deverá estar implantado no útero feminino, caso contrário, só poderá vir a herdar em face de disposição testamentária do *de cuius*, por analogia ao conceito de prole eventual, e desde que indique quem será a mãe do beneficiário.” ⁷⁴

Assim, parte da doutrina afirma que o embrião *in vitro* não se equipara ao embrião implantado no útero materno, e tende a afastar a sua legitimidade sucessória.

A III Jornada de Direito Civil, que aprovou o Enunciado 267, dispõe que "a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança".

Para fins de herança, portanto, é preciso estabelecer limites temporais, pois a decisão pela inseminação ou implantação do embrião no útero poderá ocorrer bem para além do falecimento do pai ou da mãe, concretizando-se depois de finalizado o inventário. Nesse caso, a partilha haverá que ser revista por meio da ação de petição de herança, tornando-se ineficazes os atos já praticados e restituindo-se os bens do acervo, culminando com sua redistribuição, independentemente de haver ou não boa-fé por parte dos demais herdeiros.

Entretanto, conforme já explanado, acredito que não se pode equipar o nascituro ao embrião concebido *in vitro* e ainda não implantado no útero materno. Apesar da similitude, o embrião *in vitro* depende da vontade de terceiro para ser implantado e se tornar nascituro.

⁷³ SILMARA CHINELATO *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*.

⁷⁴ CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida*, p. 284.

Ademais, é escolha do casal, o que pretende fazer com os embriões excedentes, podendo ser doados à pesquisa e até mesmo doados para casais com problemas de fertilidade, tudo em observância às normas da Resolução 1.358 do CFM. Por essas razões, não se pode dizer que o embrião *in vitro* tem a mesma capacidade para suceder que o nascituro. Se assim fosse, a partilha estaria condenada a permanecer instável por tempo indeterminado, pois é certo que se pode manter o embrião congelado por muito tempo.

Portanto, ao embrião fecundado em laboratório, utilizando o material genético do autor da herança, é reconhecida a condição de potencial filho, independente do tempo da implantação uterina. Contudo, caso a implantação ocorra após a morte do autor da herança, trata-se na verdade de um filho que não existia à época da abertura da sucessão, uma vez que não se pode considerá-lo nascituro.

Certamente, devem ser resguardados direitos ao embrião *in vitro*, visando a sua proteção. Diante da omissão legislativa, cabe, por enquanto, à doutrina e à jurisprudência definir diante do caso concreto sobre a legitimidade sucessória dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida *post mortem*, o que, sem dúvidas, gera muitas incertezas, pois, por ser um assunto relativamente novo e polêmico, não há qualquer consenso dos doutrinadores, nem caminho que a jurisprudência tende a seguir.

“A lei faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusivamente quando estabelece presunções de filiação. De forma injustificável, não há qualquer previsão dos reflexos do uso desses procedimentos no âmbito do direito sucessório. O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana, ao se referir somente às pessoas já concebidas. Mais um cochilo que traz muitas incertezas.”⁷⁵

Eduardo de Oliveira Leite faz uma distinção: reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido concepção *in vitro*, quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente.⁷⁶ Assim, fica clara a distinção feita entre embrião fecundado *in vitro* e gameta existente após a morte do autor da herança. No primeiro caso, alguns autores ainda entendem que haveria legitimidade para suceder, pois já houve a fecundação, ainda que fora do

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 116.

⁷⁶ EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 117.

útero materno. No segundo caso, a maior parte da doutrina ainda defende que somente caberia a sucessão testamentária, conforme art. 1799, do Código Civil.

Destaca-se que toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação em curto prazo, e sendo assim, a solução para possível situação de insegurança jurídica que poderá se estender por tempo indeterminado talvez seja de aplicar o prazo prescricional da pretensão de petição de herança, contado da data da abertura da sucessão. Nesse prazo, ressalta-se que sempre há possibilidade de instabilidade na relação sucessória, como, por exemplo, descoberta de um novo filho em ação de investigação de paternidade. Além disso, excluir o direito sucessório do embrião concebido *in vitro* e implantando após a morte, implicaria em discriminação em face dos demais filhos e, conseqüentemente, em violação do art. 227, §6º, da Constituição, que assegura tratamento isonômico aos filhos, qualquer que seja sua origem.

Portanto, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, acredito que é possível admitir a participação, tanto do filho concebido após a morte, quanto do embrião *in vitro* implantado após a morte, na sucessão hereditária de seu ascendente falecido.

3.3 Fixação de limites temporais para utilização do material genético do doador após a sua morte

3.3.1 Cabimento da ação de petição de herança

Mesmo que haja autorização expressa e por escrito do autor da herança para utilização de seus gametas ou fecundação do embrião, após a sua morte, ainda se questiona se existiria o direito à sucessão desse novo ser. Até porque isso ocasionaria grande impacto e insegurança jurídica aos demais herdeiros, pois a fecundação poderia ocorrer vários anos após a abertura da sucessão. Ao se admitir relevância sucessória às situações oriundas da fertilização *in vitro*, nas palavras de Oliveira Ascensão nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das relações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinidamente sujeita a ser alterada.⁷⁷

A ação de petição de herança é a medida judicial cabível para que se obtenha o reconhecimento da qualidade de herdeiro, bem como para pleitear o recebimento dos bens que

⁷⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de, *Novos temas de biodireito e bioética*, p. 90.

compõem a herança, inclusive com os seus rendimentos e acessórios. Exemplo corriqueiro de utilização dessa ação ocorre quando o filho, não registrado pelo suposto genitor morto, propõe ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, com o propósito de ver reconhecida sua identidade biológica, seu *status* familiar e o direito à herança. A ação de petição de herança é desnecessária, contudo, quando o suposto herdeiro tem sua habilitação admitida nos autos do inventário.

As principais características da ação de petição de herança são: seu caráter universal, uma vez que o autor não pretende a devolução de coisas destacadas, mas sim do patrimônio hereditário por inteiro, por se tratar de herdeiro de uma classe mais privilegiada ou de quota-parte, por ser herdeiro da mesma classe dos que receberam a herança;⁷⁸ ser ação real imobiliária, pelo fato de o acervo hereditário ser considerado bem imóvel, conforme disposto no artigo 80, inciso II, do Código Civil,⁷⁹ sendo indispensável que dela participem ambos os cônjuges, quer no pólo ativo, quer no pólo passivo, exceto quando casados pelo regime da separação convencional de bens. A ação de petição de herança poderá compreender todos os bens hereditários, a teor do disposto no art. 1.825 do Código Civil.

O objeto da ação é de reconhecer o título hereditário e, em consequência, pleitear o seu quinhão na massa dos bens transmitidos. Ressalta-se que, enquanto a ação de investigação de paternidade não se submete à prescrição (ECA, art. 27), a ação de petição de herança, por ser de natureza condenatória e pretensão de caráter patrimonial, submete-se ao prazo prescricional geral de dez anos, pela falta de previsão específica quanto ao prazo prescricional (CC, art. 205)⁸⁰. É oportuna, todavia, a lembrança de que contra os absolutamente incapazes não corre qualquer prazo prescricional (CC, art. 198).

É competente o foro do inventário, antes da partilha. Entretanto, já tendo ocorrido a partilha, a ação deve ser ajuizada no foro do domicílio dos réus, conforme sustenta a doutrina e jurisprudência, e, se possuírem mais de um domicílio, em qualquer deles. Não havendo domicílio certo, a ação será proposta no foro de situação dos bens. Caso cumulada com investigação de paternidade, o foro competente é do domicílio do investigante.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, p. 619.

⁷⁹ Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

II – o direito à sucessão aberta.

⁸⁰ Súmula 149 do STF: É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

Reconhecida a procedência do pedido na ação de petição de herança, a nulidade da partilha é automática e a execução da decisão faz-se por mero pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário. Percebe-se, assim, que a referida ação pode ser ajuizada antes ou depois de homologada a partilha.

“Inclusive, para precaver (assegurar) os efeitos práticos futuros do provimento jurisdicional a ser concedido na ação de petição de herança, é possível a utilização de medidas de urgência, acautelatórias do bem jurídico que se disputa. Deste modo, confere-se ao magistrado, de ofício ou a requerimento do interessado, com supedâneo no art. 798 do Código de Processo Civil, a possibilidade de reservar o quinhão do herdeiro que pretende ver reconhecida a sua qualidade na ação de petição de herança.”⁸¹

Figurará no pólo passivo aquele que detenha a herança ou que esteja na posse dos bens, sejam ou não herdeiros. Não importa se o possuidor tem título, ou seja, se são titulares da posse de boa ou de má-fé.

“Em face dos efeitos da citação válida (CPC 219), depois de citado o possuidor, ele não mais pode alegar posse de boa-fé. Assim, aquele que estiver de posse dos bens hereditários, a partir da citação, tem a responsabilidade pela má-fé e pela mora (CC 1.826 parágrafo único). Isso significa, em termos práticos, que responde, perante o herdeiro real, por todos os prejuízos a que seu atraso der causa, mais juros, bem como pela atualização dos valores monetários, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”⁸²

Portanto, caso o possuidor ou herdeiro aparente esteja de boa-fé, terá direito aos frutos percebidos e indenização pelas benfeitorias realizadas. Havendo má-fé, deverá restituir os frutos percebidos e só terá direitos à indenização pelas benfeitorias necessárias. Se quando da propositura da ação de petição de herança, o bem já tiver sido alienado e, provando-se que o adquirente agiu de má-fé, a venda se desconstitui. Entretanto, se havia boa-fé por parte do

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves. *Incidentes à transmissão da herança*, p. 79.

⁸² CAHALI, Francisco José et al. *Direito das Sucessões*, p. 622.

comprador, a alienação é tida como eficaz. Se a transferência se deu de forma gratuita, cabe sempre a restituição do bem.

Possui legitimidade ativa para propor a ação o herdeiro ou co-herdeiro, legítimo ou testamentário, sucessor do herdeiro legítimo, pelo direito de representação, ou substituto do herdeiro testamentário e até mesmo credores do titular ou de herdeiro, que poderá se habilitar para a cobrança de seu crédito. Maria Berenice Dias afirma, ainda, a legitimidade do ente público, ainda que não seja herdeiro, a fim de afastar o herdeiro aparente, por meio da ação petitória, no caso de herança jacente. Destaca, ainda, a autora que o herdeiro resultante das técnicas de reprodução assistida *post mortem* pode fazer uso da ação petitória para o reconhecimento de seu direito à herança.⁸³

Assim, a ação de petição de herança seria um dos instrumentos que o filho concebido ou o embrião *in vitro*, implantado após a morte do genitor, poderiam utilizar para pleitear seu reconhecimento como herdeiro e assegurar seu quinhão hereditário. Tendo em vista que o prazo prescricional para requerer tal direito é de 10 (dez) anos, em princípio, basta que haja, no plano fático, a inseminação ou implantação do embrião após a morte do ascendente (titular da herança) e o nascimento da criança dentro do prazo de 10 anos. O prazo para a petição da herança passará a correr no momento em que o filho completar 16 anos, adquirindo capacidade relativa. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do RS: “A prescrição não corre contra os absolutamente incapazes e, portanto, o termo inicial do prazo prescricional somente dar-se-á com implemento da capacidade relativa do menor.” (Apelação Cível Nº 70019102219, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/08/2007).

“Em face do caráter dúplice da ação de petição de herança, muito se discute em sede doutrinária sobre sua prescritibilidade. No entanto, de há muito o STF já sumulou a matéria. Ao afirmar que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, reconhece a prescritibilidade da ação de petição de herança. Ou seja, a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se sujeita à prescrição. Como não há expressa previsão, o prazo é o de 10 anos (CC 205). O termo inicial é a data da abertura da sucessão.”⁸⁴

⁸³ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões, p. 621.

⁸⁴ *Ibid*, p. 625.

Dessa forma, a viúva que pretender utilizar o material genético após a morte do marido, se quiser que seu filho tenha direito à herança, deverá fazê-lo no prazo de dez anos. O mesmo se diz do embrião *in vitro* congelado, quanto a sua implantação.

Reconhecida a procedência do pedido, na ação de petição de herança, como já dito, a partilha é considerada nula, podendo-se pleitear os bens, inclusive de terceiros que detenham a posse. Ressalvando-se que, caso o terceiro tenha adquirido a propriedade dos bens de boa-fé, as alienações reputam-se eficazes, estando resguardado o direito do “novo herdeiro” de pleitear perdas e danos do possuidor originário, responsável pelo valor dos bens alienados.

Entretanto, cumpre ressaltar que o possuidor originário, neste caso, também estava de boa-fé, pois acreditava que não havia mais herdeiros. Aliás, nos casos citados, realmente não existiam outros herdeiros, pois, em se tratando de filho concebido por inseminação artificial *post mortem*, na época da abertura da sucessão, este sequer era concebido; e, em se tratando de embrião *in vitro*, este, apesar de merecer alguma proteção jurídica, não possui o mesmo *status* do nascituro, não se podendo admitir a existência de um ser. Ademais, não há como prever se o embrião *in vitro* será implantado no útero após a morte de seu ascendente (titular da herança). Portanto, mesmo que o herdeiro soubesse da existência de um embrião congelado, não se pode presumir sua má-fé, pois não pode o herdeiro prever uma futura implantação deste embrião.

Possível maneira de evitar essa surpresa aos demais herdeiros seria levantar a questão sobre a existência de material genético do *de cuius* ou embrião *in vitro* congelado e a possibilidade de utilização desse material pela viúva durante o processo de inventário. Assim, todos os herdeiros estariam cientes da possibilidade de surgimento de um novo herdeiro, ou poderiam decidir o que fazer com esse material, caso o *de cuius* não tenha se manifestado expressamente sobre o assunto.

3.3.2 Analogia com o resguardo dos bens dos ausentes

A ação de petição de herança visa assegurar aos herdeiros o direito de requerer seu quinhão no acervo hereditário, bem como, em alguns casos, o reconhecimento da paternidade e, conseqüentemente, da legitimidade sucessória. De forma similar, o instituto da ausência visa

preservar o patrimônio do ausente, até que se tenha certeza de sua morte (ou ao menos fundada suspeita, tendo em vista o longo lapso temporal), e para isso a lei define um determinado prazo para que se possa abrir a sucessão definitiva do ausente e com isso resguarda seus bens, em hipótese de retorno.

O instituto da ausência consiste em exceção dentro do sistema jurídico, uma vez que admite como presumida a morte do ausente, a partir do momento em que a lei autorizar a abertura da sucessão definitiva.

Qualquer interessado direito ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz que nomeie curador para gerir os negócios e bens do ausente, até o seu eventual retorno. Decorrido um ano após a arrecadação de bens, ou, três anos, caso tenha o ausente deixado procurador, poderão os interessados requerer a abertura da sucessão provisória.

“Por cautela, cerca-se o legislador da exigência de garantia da restituição dos bens, nos quais os herdeiros se imitiram provisoriamente na posse, mediante a apresentação de penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos, valendo-se destacar, inclusive, que o §1º do art. 30 estabelece que aquele “que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.”⁸⁵

Com a exigência dessas garantias⁸⁶, visa-se a preservação⁸⁶ do patrimônio do ausente, que se aparecer, restabelecerá a posse e propriedade dos seus bens, perdendo, contudo, os frutos e rendimentos, se ficar provado que a ausência foi injustificada e voluntária.

“O ausente, pois, é uma exceção dentro do sistema de direito sucessório pátrio, uma vez que se admite a abertura de sucessão, única e simplesmente em razão de seu desaparecimento, sem que se tenha certeza de seu falecimento.”⁸⁷

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*, p. 173.

⁸⁶ Ressalta-se que a exigência de garantias é excepcionada pelo art. 34 do CC/2002 que admite que o excluído da posse provisória, poderá, justificando a falta de meios, requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocara. Além do mais, o art. 28 do CC/2002 também excepciona a regra em relação aos ascendentes, descendentes e o cônjuge que houver provado a sua condição de herdeiro.

⁸⁷ CAHALI, Francisco José et al. *Direito das Sucessões*, p. 29.

Contudo, por mais que se queira preservar o patrimônio do ausente, o transcurso de um longo lapso temporal acaba reforçando fundadas suspeitas de seu falecimento. Assim, após dez anos do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória, converter-se-á a mesma em definitiva, que dependerá de provocação dos interessados. Após abertura da sucessão definitiva, regressando o ausente nos dez anos seguintes, lhe é assegurado somente os bens existentes, no estado em que se encontrarem, os subrogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo. Conclui-se, portanto, que, se o ausente regressar depois de transcorrido o prazo de dez anos da abertura da sucessão definitiva, não terá direito a qualquer ressarcimento. Dessa forma, a lei visa atribuir segurança jurídica e estabilidade nas relações, pois depois de transcorridos mais de 20 anos da abertura da sucessão definitiva, presume-se que o retorno do ausente é improvável.

No caso de retorno do ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, diferentemente do que acontece na ação de petição de herança, não se pode falar em perda da eficácia dos atos sucessórios, uma vez que o ausente que regressa somente reassume a posse e propriedade dos bens existentes e no estado em que se encontrarem, dos subrogados em seu lugar ou do preço recebido pelos bens alienados. Portanto, se os herdeiros já tiverem dilapidado todo seu patrimônio e nada mais existir, ficará o ausente sem patrimônio nenhum.

Dessa forma, à míngua de lei para o caso específico, pode também ser feita analogia entre o resguardo dos bens dos ausentes (presumidamente mortos) com os do concepturo ou embrião *in vitro* (pessoas ainda inexistentes). Na tentativa de assegurar o direito sucessório do filho concebido ou embrião implantado após a morte de seu genitor, e de estabelecer o mínimo de segurança jurídica aos demais herdeiros e aos negócios por eles celebrados; ocorrendo a concepção por inseminação artificial ou implantação do embrião *in vitro* no útero materno dentro do prazo de dez anos da abertura da sucessão, poderá o então nascido *post mortem* requerer seu quinhão hereditário (desde que o faça no prazo de dez anos contados da data em que adquirir capacidade relativa), sobre os bens existentes, no estado em que se encontrarem, sobre os subrogados ou o preço recebido pelos bens alienados.

No curso do processo de inventário, caso seja revelada a existência de material genético congelado do *de cuius* ou embrião criopreservado, poderia se estabelecer como exigência, para que os herdeiros tomem posse dos bens, a prestação de garantias, durante

determinado prazo. Durante esse prazo, a prestação de garantias objetivaria o resguardo do quinhão de futuro herdeiro advindo das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

3.3.3 Analogia com o prazo da usucapião

A usucapião é o modo originário da aquisição da propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada, mansa e pacífica da coisa, acrescida do *animus domini* e os requisitos suplementares do justo título e a boa-fé, no caso da usucapião ordinária; moradia, na usucapião urbana; e trabalho, na usucapião rural. Mansidão, pacificidade e continuidade indicam exercício ininterrupto e sem oposição da posse. A pacificidade, ao contrário do que muitos acreditam, não é aquela exercida por quem cuida do terreno e mantém relações amistosas com os vizinhos, o que somente caracterizam-se como indícios do *animus domini*. A pacificidade cessa no momento em que há oposição judicial por parte de quem pretende retomar a posse.

O Código Civil, em seu art. 1.238 trata da usucapião extraordinária, cujo requisito formal mais significativo é o tempo, que é de quinze ou dez anos a depender do tipo de posse.

“A posse simples é aquela que se satisfaz com o exercício de fato pelo usucapiente de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC), conduzindo-se o possuidor como o faria o dono, ao exteriorizar o poder sobre o bem. Assim, mesmo que não habite o imóvel – deixando-o sob vigilância de um detentor -, alcançará a usucapião em quinze anos, caso satisfaça os outros requisitos. Mas, se além de demonstrada a posse, qualificar-se a ocupação do bem pela concessão de função social, por intermédio da efetiva moradia do possuidor no local ou realização de obras e serviços de caráter produtivo (parágrafo único do art. 1.238 do CC), o usucapiente será agraciado pela redução do prazo para dez anos.”⁸⁸

Na modalidade de usucapião ordinária (art. 1.242 e parágrafo único do CC) exige-se a posse contínua e incontestada pelo prazo variável de cinco ou dez anos, mais justo título e boa-fé. O justo título nada mais é que um instrumento apto, em tese, para transferir a propriedade e outros direitos reais usucapíveis, devendo conter aparência de legítimo e válido, a ponto de

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, p. 286-287.

induzir qualquer pessoa normalmente cautelosa a incidir em equívoco sobre a sua real situação jurídica perante a coisa. Já a boa-fé consiste no estado subjetivo de ignorância do possuidor quanto ao vício que lhe impede a aquisição da coisa, ou seja, a plena convicção de que o bem possuído realmente lhe pertence.

“Justo título é o instrumento que conduz um possuidor a iludir-se, por acreditar que ele lhe outorga a condição de proprietário. Trata-se de um título que, em tese, apresenta-se como instrumento formalmente idôneo a transferir a propriedade, malgrado apresente algum defeito que impeça a sua aquisição. Em outras palavras, é o ato translativo inapto a transferir a propriedade por padecer de um vício de natureza formal ou substancial.”⁸⁹

Se o possuidor não registrou o título, o prazo será de dez anos; entretanto, caso o justo título tenha caráter oneroso e o possuidor o tiver registrado, o prazo cai para cinco anos.

Na usucapião rural, determina o Código Civil, em seu artigo 1.239, que aquele que possuir como seu, por cinco anos ininterruptos área de terra em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Sobre a usucapião em imóvel urbano, cuidou o artigo seguinte, dispondo o mesmo prazo, desde que utilizado para moradia, e limitando à área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados. Em ambos os casos, não pode aquele que pretende usucapir o imóvel ser proprietário de qualquer outro imóvel urbano ou rural.

Após a realização da partilha, o herdeiro concebido ou implantado *post mortem*, dentro do prazo de dez anos para petição de herança, poderá vir a requerer seu quinhão hereditário. Neste caso, procedente o pedido e reconhecido o status de herdeiro, reputa-se ineficaz a partilha já realizada, devendo todos os bens partilhados retornar ao acervo hereditário.

⁸⁹ *Ibid*, p. 286-287.

Contudo, se a ação for interposta após transcorrido o prazo da usucapião, indaga-se: poderá o herdeiro, de posse de determinado bem, requerer seja declarada adquirida a propriedade por usucapião, desde que preenchidos os demais requisitos formais?⁹⁰

Maria Berenice Dias entende que, a favor do detentor de boa-fé, flui o prazo da prescrição aquisitiva, independentemente do prazo para exercer a pretensão de petição de herança. Assim, na ação de petição de herança, poderia o réu opor exceção de usucapião.⁹¹ A Súmula 237 do STF dispõe que a usucapião pode ser argüida em matéria de defesa. Assim, poderá o herdeiro aparente ou possuidor usucapir imóvel, em detrimento do futuro direito sucessório não só do concepturo ou embrião implantado *post mortem*, mas também daquele herdeiro, já existente ao tempo da abertura da sucessão, que somente depois do transcurso do prazo aquisitivo tomou conhecimento de seu estado de herdeiro e exerceu sua pretensão de petição de herança. O art. 202 do Código Civil⁹² dispõe sobre as causas interruptivas da prescrição. Assim, a menos que ocorra alguma dessas causas, o prazo da usucapião correrá, independente do prazo para ação de petição de herança.

De modo diverso sustenta Pontes de Miranda, entendendo que antes de decorrido o prazo prescricional da ação de petição de herança, não começa a fluir o prazo para aquisição do bem pela usucapião. Segundo o autor, prescrita a pretensão de herança, começa a correr o prazo para usucapião.⁹³

Contudo, vale ressaltar que ninguém poderá usucapir um bem de titularidade de menor de 16 anos de idade ou de pessoa sob regime de curatela. No caso do filho concebido ou

⁹⁰ Já no caso de herança jacente, só se pode falar em usucapião quando ocorre o transcurso do prazo aquisitivo antes de declarada a vacância, pois, após a declaração de vacância, os bens passam ao domínio do poder público, e, portanto, não podem mais ser objeto de usucapião, conforme arts. 183, §3º, e 191⁹⁰, parágrafo único, da Constituição Federal. Vale ressaltar que, caso a declaração de vacância ocorra depois do prazo de cinco anos da abertura da sucessão, seus efeitos retroagem a partir desta data.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 625.

⁹² Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II – por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III – por protesto cambial;
- IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
- V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
- VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

⁹³ PONTES DE MIRANDA *apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 625

embrião implantado após a morte, desde que a concepção ou implantação ocorra antes da fluência do prazo aquisitivo, não há que se falar em usucapião de bens do acervo hereditário de sua titularidade.

3.3.4 Princípio de saisine e transmissão imediata dos bens

Segundo art. 1.784 do Código Civil, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. A transmissão imediata dos bens faz-se necessária para que estes não fiquem sem titularidade. Para Maria Berenice Dias, são inegáveis as vantagens da adoção do princípio de saisine: evita o estado de acefalia do patrimônio, a jazer sem titular; dispensa a ficção jurídica de emprestar personalidade jurídica ao espólio; propicia a qualquer herdeiro o manejo das ações possessórias.⁹⁴ Diante da extinção da personalidade civil do falecido não há mais como reconhecer direitos e deveres relativamente à pessoa que deixou de existir, fazendo com que o conjunto de bens jurídicos (patrimoniais e extrapatrimoniais) transmissíveis seja destacado do autor da sucessão para integrar a esfera da personalidade (patrimonial ou não) de seus sucessores a título universal ou a título singular.”⁹⁵

“O princípio da transmissão hereditária sem solução de continuidade funda-se numa ficção jurídica, necessária por não ser o espólio pessoa jurídica. Não o infirmam as disposições legais que exigem o inventário, permitem a renúncia e obrigam o registro dos formais de partilha. Admite-se a *fictione juris* para salvaguardar os bens hereditários da usurpação de terceiros.”⁹⁶

Tal ficção jurídica não é, contudo, aplicada em todos os casos. Na hipótese de herança jacente, ou seja, quando não se tem conhecimento de herdeiros existentes, o patrimônio do *de cuius* não passa imediatamente à propriedade do Estado. Dessa forma, não se beneficia o ente público do princípio de saisine, pois a herança sem dono não se transmite imediatamente a ninguém. São necessários alguns requisitos, como publicação de editais, sentença declarando a

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões, p. 107.

⁹⁵ CAHALI, Francisco José et al, *Direito das sucessões*, p. 28

⁹⁶ *Ibid*, p. 84.

vacância da herança, e somente após cinco anos contados da abertura da sucessão é que o patrimônio passa ao domínio do Estado.

Advirta-se, contudo e conforme Ney de Mello Almada, que, a imediatidade da transferência hereditária, que, como visto, singulariza a *saisine*, deixa de aplicar-se à herança vacante, porquanto o Poder Público, seu destinatário, nela se investe somente em falta de sucessíveis existentes ou, ao menos, determináveis.⁹⁷

Para surgimento da herança jacente, duas condições se fazem necessárias, a primeira não haver herdeiros conhecidos, ou, mesmo que existam, tenham renunciado à herança; e a segunda, o autor da herança não tiver deixado testamento. Ressalta Maria Berenice que o ente público não é herdeiro, mas mero sucessor, tanto que não integra a ordem de vocação hereditária. Todavia, nem sempre foi assim, pois no Código Civil anterior, o Estado constava no rol de sucessores. Por essa razão é que o estado não se beneficia do princípio de *saisine* e o recolhimento da herança como *res derelicta* ou *res nullius* depende de sentença judicial que a declare vacante.

“O poder público é o único sucessor obrigatório *causa mortis*. Ao contrário dos demais sucessores, não pode renunciar, pois os bens são devolvidos à comunidade onde estão situados. (...) Caso tenha sido imposta condição de onerosidade excessiva, simplesmente a fazenda pública não precisa cumprir a disposição de última vontade. Cabe um exemplo. O testador deixa um terreno para o ente público, sob a condição de construir um estádio de futebol. Não havendo interesse público na realização da obra, pode renunciar ao bem. No entanto, se a herança é declarada vacante, o município não tem o dever de proceder à edificação. É que o bem não foi recebido como legado, mas como herança vaga.”⁹⁸

No caso de não haver herdeiros sucessíveis, deve-se considerar a possibilidade de o autor da herança ter deixado testamento, podendo inclusive, ter incluído como herdeiro testamentário prole eventual de pessoa indicada, à dicção do art. 1.799 do Código Civil. Assim, enquanto se aguarda a concepção e o nascimento do único herdeiro testamentários do *de cujus*, os

⁹⁷ *Ibid*, p. 29.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 143.

bens são arrecadas, à espera do sucessor que está para chegar. A jacência tem razão de ser quando não se sabe quem receberá a herança, ou quando se presume que ela será recolhida pelo Estado.

“Jacente será a herança enquanto se aguardar a formação ou constituição da pessoa jurídica, a que se atribuíram os bens. Da mesma maneira, se se tratar de instituição de herdeiro sob condição suspensiva, enquanto pender a condição.”⁹⁹

Ressalta-se uma diferença peculiar entre herança jacente e vacante, sendo a primeira fase necessária para se atingir a segunda. “A herança pode ser jacente a despeito de haver herdeiro sucessível. Apenas ela jaz, enquanto tal herdeiro não se apresenta, sendo ignorada sua existência.”¹⁰⁰

Após a fase de arrecadação, dispõe o art. 1.820 do Código Civil que a autoridade judiciária mandará expedir edital, conforme lei processual (art. 1.152, do CPC), que será publicado por três vezes no órgão oficial e três vezes na imprensa da comarca, com intervalo de trinta dias para cada um, instando a que os sucessores do autor da herança habilitem-se no prazo de seis meses, contados da primeira publicação. Se nesse prazo aparecer algum herdeiro, cuja habilitação seja acolhida, a arrecadação converter-se-á em inventário. Mesmo após declarada a vacância, os bens arrecadados só passarão ao domínio público após transcorridos cinco anos da abertura da sucessão.

“Se a sentença de vacância for proferida antes dos cinco anos da abertura da sucessão, o domínio dos bens passará ao ente público na data em que se completarem os cinco anos do falecimento. Conforme ressalva Ney Almada, enquanto não esgotado o quinquênio extintivo, eventual ação de petição de herança há de ser respondida pelo Poder Público, fluindo perante a Vara da Fazenda Pública. Outrossim, sendo a sentença proferida após os cinco anos da abertura da sucessão, a transmissão do domínio dos bens ao ente público retroage à data em que se completaram os cinco anos do falecimento.”¹⁰¹

Observa-se, portanto, que a aplicação do princípio de saisine, com a transmissão imediata dos bens aos herdeiros, não é absoluta, não havendo que se falar que a saisine seria um

⁹⁹ CAHALI, Francisco José et al, *Direito das sucessões*, p. 87.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 85.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 96.

impedimento para que o concepturo ou embrião implantado *post mortem* pleiteasse futuramente a herança. Assim como a aplicação do princípio foi excepcionada no caso da herança jacente, o mesmo pode ocorrer em relação ao filho concebido ou embrião implantado *post mortem*.

Conclui-se, portanto, que ainda que se admita a legitimidade sucessória do filho havido por técnica de RA após a morte, há de se fixar um limite de prazo para que esse herdeiro venha requerer seu direito, de forma a preservar a segurança das relações jurídicas, estabilizando a posse e propriedade dos demais herdeiros, e conferir aos bens função social. Por essas razões, há uma tendência da doutrina em estabelecer o prazo prescricional para ação de petição de herança como limite, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de os demais herdeiros usucapirem os bens.

Destaca-se que, conforme exposto, durante o processo de inventário, se aventada a questão da existência de gametas ou embriões congelados, algumas cautelas poderão ser tomadas de forma a preservar o quinhão de futuro herdeiro.

Conclusão

O presente trabalho tratou das inovações no âmbito jurídico relacionadas às técnicas de reprodução assistida, e desenvolveu-se, nos dois primeiros capítulos, da seguinte forma: explicação das principais técnicas de reprodução assistida relevantes para desenvolvimento do tema; discussão sobre a proteção jurídica conferida ao embrião *in vitro*; repercussão dessas técnicas na definição da parentalidade-filiação e o surgimento de novo critério para aferição da filiação, o socioafetivo; debate sobre o confronto entre o direito de sigilo do doador e o direito ao reconhecimento do vínculo biológico; e possibilidade de utilização de material genético congelado, após a morte do doador.

A respeito da proteção jurídica conferida ao embrião *in vitro*, concluímos, após análise de jurisprudência e doutrina sobre o tema e contraste entre as posições conflitantes, que não se pode atribuir a mesma tutela do nascituro ao embrião *in vitro*, apesar de este também merecer alguma proteção. Concluímos ainda que o critério socioafetivo deve prevalecer ao biológico para definição da filiação, uma vez que pai e mãe são quem cuida, dá carinho, educação e participa efetivamente da vida do filho. Outro aspecto de suma importância que merece ser considerado na definição acerca da filiação é a busca pelo melhor interesse da criança.

Ao analisar casos concretos, concluímos também que não é necessária a autorização expressa e por escrito do doador para utilização de seu material genético após a sua morte. O resultado obtido com a pesquisa foi o de que, para esses casos não existe solução pré-determinada, e que tudo dependerá da análise das circunstâncias específicas do caso concreto. No caso emblemático, citado no desenvolvimento do trabalho, a utilização de material genético do falecido marido pela viúva foi autorizada pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba e, para isso, o juiz se baseou em depoimentos de testemunhas, que relataram a vontade do falecido.

Portanto, a depender do caso concreto, essa autorização poderá ou não ser fornecida. E, se fornecida, surge a questão de abordagem principal do presente trabalho: o direito a sucessão da criança havida por técnica de inseminação artificial após a morte de seu genitor.

Por fim, chegamos à conclusão de que essa criança merece ter seu direito resguardado, desde que concebida ou implantada no útero no prazo prescricional para petição de herança (dez anos), contados da abertura da sucessão, e nascida com vida. Caso isso aconteça, o prazo para

requerer seu direito só começará a fluir após a aquisição de capacidade relativa (quando completar 16 anos).

Contudo, a fim de proteger a estabilidade do direito dos demais herdeiros, estes, se demandados em ação de petição de herança, poderão, como tese de defesa, alegar a usucapião. Assim, tudo indica que, se a viúva pretende ter um filho após a morte do genitor por técnica de reprodução assistida *post mortem*, o deverá fazer rapidamente, a fim de que possa assegurar ao filho o direito à herança.

Cabe ressaltar que algumas medidas poderão ser tomadas pelo juiz, no curso do processo de inventário, caso se descubra a existência de embrião ou gametas congelados e de eventual possibilidade de implantação ou concepção. Uma dessas medidas poderia ser a exigência da prestação de garantias pelos demais herdeiros para que pudessem, desde logo, usufruir de seu quinhão hereditário, da mesma forma em que é realizado no procedimento de sucessão provisória do ausente.

Referências

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em 21/07/2011.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. 23/12/2003. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigos=110>>. Acesso em 20/07/2011.

AVANCINI, Cristiane Alves. *Embriões excedentários e bioética: rumo a novas perspectivas no âmbito do Direito de Família sob um prisma constitucional. Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis/ Adriane Donadel*. Orgs: Sérgio Gilberto Porto, Daniel Ustárroz – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

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

CAHALI, Francisco José et al. *Direito das sucessões*. Organizadores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, coordenadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CONSALTER, Zilda Mara. O direito à identidade genética nas filiações socioafetivas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 63, 01/04/2009 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5897. Acesso em 22/10/2011.

CRISTINA, Maria Frascari. *Paternidade responsável x paternidade afetiva. Temas polêmicos de Direito de Família*. Organizadores: Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003.

CRISTINE, Eliane da Silva. *Aspectos Jurídicos relevantes da reprodução humana assistida. Temas polêmicos de Direito de Família*. Organizadores: Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003.

DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *O tratamento jurídico do nascituro e a questão do embrião in vitro*. Direito Civil: teoria geral. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil- Teoria Geral* – 2nd. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

FLÔRES, Cristiane Soares Rollin. *Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/8/TDE-2007-06-12T175907Z-669/Publico/390744.pdf>. Acesso em julho de 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigo&n=423>> Publicado em 06.06.2008. Acesso em 21/07/2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A inseminação Póstuma*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=302>>. Acesso em julho de 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de, et al. *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Lei 10.406, de 10.01.2002. Coordenador Cezar Peluso. 2nd. ed. rev. atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. 22.04.07. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>. Acesso em julho de 2011.

LOMEU, Leandro Soares, Alimentos gravídicos: aspectos da Lei 11.804/08. Disponível em < > Acesso em 16 out. 2011.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *NOVOS TEMAS DE BIODIREITO E BIOÉTICA. Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o Novo Código Civil brasileiro e o texto constitucional*. Organizadores: Heloísa Helena Barboza, Vicente de Paulo Barreto. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, José Roberto Filho. *O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida*. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigo&n=33>>. Acesso em 21/07/2011.

PÁDUA, Amélia do Rosário Motta de. *Responsabilidade civil na reprodução assistida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Severo. *O Direito in vitro da Bioética ao Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. *Direitos Sucessórios dos inseminados post mortem versus direito à igualdade e à segurança jurídica*. Jus Navegandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez, 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12042>>. Acesso em julho de 2011.

TELÖKEN, Cláudio; BADALOTTI, Mariângela. *Bioética e reprodução assistida*. Revista AMRIGS, Porto Alegre, 46 (3,4): 100-104, jul/dez 2002, p. 103.

Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1358, de 19 de novembro de 1992. Disponível em <http://portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em 27/07/2011.