

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

DANIELE SOUZA DE ABREU

**A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS EMBRIÕES HAVIDOS PELAS TÉCNICAS
DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA APÓS A MORTE DO GENITOR**

Manaus - AM

2017

DANIELE SOUZA DE ABREU

**A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS EMBRIÕES HAVIDOS PELAS TÉCNICAS
DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA APÓS A MORTE DO GENITOR**

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. MSc. Cláudia de Moraes Martins Pereira

Manaus - AM

2017



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
TERMO DE APROVAÇÃO**

DANIELE SOUZA DE ABREU

**A LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA DOS EMBRIÕES HAVIDOS PELAS
TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA APÓS A MORTE DO GENITOR.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador (a): MSc. Cláudia de Moraes Martins Pereira

Membro 2: MSc. Ricardo Tavares de Albuquerque

Membro 3: Esp. Alfrede Melo de Souza Júnior

Manaus, 01 de Novembro de 2017.

Autoriza-se a reprodução do todo ou de partes desse trabalho desde que a fonte seja citada.

A162leg Abreu, Daniele Souza de
A legitimidade sucessoria dos embriões havidos
pelas técnicas de reprodução assistida após a
morte do genitor : * / Daniele Souza de Abreu.
Manaus : [s.n], 2017.
91 f. : il. ; 13 cm.

TCC - Graduação em Direito - Bacharelado -
Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017.
Inclui bibliografia
Orientador: Cláudia de Moraes Martins Pereira
Coorientador: *

1. Direito das sucessões. 2. Direito civil
constitucional. 3. Técnicas de reprodução
assistida. 4. Inseminação artificial post
mortem. I. Cláudia de Moraes Martins Pereira
(Orient.). II. * (Coorient.). III. Universidade
do Estado do Amazonas. IV. A legitimidade
sucessoria dos embriões havidos pelas técnicas de
reprodução assistida após a morte do genitor

AGRADECIMENTOS

À minha família por sempre me apoiar, incentivar-me e me amar.

À minha orientadora, Professora Cláudia de Moraes Martins Pereira, pelo empenho dedicado à elaboração desta Monografia.

A todos os professores por me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados aos quais sem nominar terão os meus eternos agradecimentos.

Aos amigos de infância, do Ensino Médio e da Universidade, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

EPÍGRAFE

Mande notícias do mundo de lá
Diz quem fica
Me dê um abraço, venha me apertar
Tô chegando
Coisa que gosto é poder partir
Sem ter planos
Melhor ainda é poder voltar
Quando quero

Todos os dias é um vai-e-vem
A vida se repete na estação
Tem gente que chega pra ficar
Tem gente que vai pra nunca mais
Tem gente que vem e quer voltar
Tem gente que vai e quer ficar
Tem gente que veio só olhar
Tem gente a sorrir e a chorar
E assim, chegar e partir

São só dois lados
Da mesma viagem
O trem que chega
É o mesmo trem da partida
A hora do encontro
É também de despedida
A plataforma dessa estação
É a vida desse meu lugar
É a vida desse meu lugar
É a vida

(Encontros e despedidas, de Milton Nascimento)

RESUMO

Analisa-se a evolução e os avanços da Medicina e das técnicas de reprodução assistida que permitiram a concepção assistida e a concretização do princípio do planejamento familiar, como assegura a Constituição Federal, mesmo após a morte de um dos genitores. A temática da pesquisa se concentra em pesquisar sobre as mudanças trazidas pelo Texto Constitucional em relação ao direito filiatório e ao sucessório, os métodos de reprodução artificial, a legitimidade para suceder dos embriões concebidos *post mortem* e as tentativas legislativas de regulamentação do tema. Nesse sentido, abordam-se os aspectos referentes à dignidade da pessoa humana, à isonomia de tratamento entre os filhos, à proteção ao melhor interesse da criança, ao direito fundamental à herança e à presunção de paternidade. Reflete-se, também, sobre os aspectos biológicos que cercam o tema, sob a ótica da interdisciplinaridade com a Medicina, a Biotecnologia e a Engenharia Genética, de modo a compreender a importância de disciplinar as referidas técnicas reprodutivas. A metodologia utilizada abordará o método de pesquisa dedutivo, por apresentar processo observacional. Para operacionalizar o método de pesquisa, a análise deter-se-á em pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial englobando livros, artigos, leis brasileiras sobre o tema e a internet.

Palavras-Chave: Direito das sucessões. Direito civil-constitucional. Técnicas de reprodução assistida. Inseminação artificial *post mortem*.

ABSTRACT

The evolution and advances of Medicine and assisted reproduction techniques are analyzed, allowing the assisted conception and the realization of the principle of family planning, as guaranteed by the Federal Constitution, even after the death of one of the parents. The research focuses on the changes brought about by the Constitutional Text in relation to filiation and succession law, methods of artificial reproduction, the legitimacy of succeeding post-mortem embryos, and legislative attempts to regulate the subject. In this sense, the aspects related to the dignity of the human person, the equality of treatment among the children, the protection of the best interests of the child, the fundamental right to inheritance and the presumption of paternity are addressed. It also reflects on the biological aspects that surround the subject, from the perspective of interdisciplinarity with Medicine, Biotechnology and Genetic Engineering, in order to understand the importance of disciplining the said reproductive techniques. The methodology used will approach the method of deductive research, because it presents an observational process. In order to operationalize the research method, the analysis will focus on documentary, bibliographic and jurisprudential research encompassing books, articles, Brazilian laws on the subject and the internet.

Keywords: Right of inheritance. Civil-constitutional law. Assisted reproduction techniques. *Post mortem* artificial insemination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.....	14
1.1. Histórico e conceito do direito sucessório.....	14
1.2. A constitucionalização do direito civil.....	17
1.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	18
1.2.2. Princípio da solidariedade social.....	19
1.2.3. Princípio da igualdade substancial.....	20
1.3. Do direito à filiação.....	21
1.3.1. Conceito e evolução histórica.....	21
1.3.2. Critérios da determinação da filiação.....	23
1.3.3 O reconhecimento de filhos.....	26
1.4. O planejamento familiar e a lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996.....	27
CAPÍTULO 2 – REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO À FILIAÇÃO.....	28
2.1. O avanço da ciência na reprodução medicamente assistida.....	28
2.2. Os Métodos de reprodução humana artificial.....	30
2.2.1. A fertilização homóloga e a presunção de paternidade.....	32
2.2.2. A fertilização heteróloga e a presunção de paternidade.....	33
2.3. A lei de biossegurança e a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.....	35
2.4. A utilização de embriões excedentários.....	38
2.5. Fertilização artificial <i>post mortem</i>	40
CAPÍTULO 3 – A POSSIBILIDADE DE CONFERIR LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA AOS EMBRIÕES INSEMINADOS ARTIFICIALMENTE <i>POST MORTEM</i>	42
3.1. A vocação hereditária e a legitimidade para suceder.....	42
3.2. A divergência doutrinária na legitimidade sucessória dos embriões fecundados artificialmente.....	45
3.3. A divergência doutrinária na legitimidade sucessória dos embriões fecundados artificialmente após a morte do genitor.....	47
3.4. Os posicionamentos dos tribunais.....	52
3.5. O direito à petição de herança.....	53

3.6. Os projetos de lei para regulamentar o uso das técnicas de reprodução humana assistida.....	55
5. CONCLUSÃO.....	58
6. REFERÊNCIAS.....	60
7. ANEXOS	63

INTRODUÇÃO

A evolução da atividade científica, principalmente no ramo da biotecnologia, fez surgir novas técnicas de concepção, assim como a necessidade de se adequar a legislação vigente a uma nova realidade jurídica. A concepção natural, antes a mais relevante e regulada pelo Código Civil de 2002, agora divide espaço com outras formas de reprodução, que também necessitam de amparo legal. No entanto, isso não ocorre devido a lei ser omissa e a doutrina e a jurisprudência divergirem no posicionamento. Isso se dá pelo fato de que o Código Civil expressamente considera herdeiras apenas as pessoas nascidas ou ao menos concebidas no momento da abertura da sucessão, conforme seu artigo 1798.

Todavia, a partir de uma visão constitucionalizada do Direito Civil pela Constituição Federal, a qual alçou o princípio da igualdade jurídica dos filhos a um patamar civilizatório na tutela dos direitos das famílias e da sucessão, faz-se necessário afirmar os direitos de todos, independentemente de sua origem ou situação jurídica.

O autor Flávio Tartuce¹ aborda a temática quando fala sobre os herdeiros por sucessão legítima. A controvérsia doutrinária, exposta em seu livro, começa em se considerar ou não os embriões gerados pelas técnicas de reprodução assistida, e congelados em laboratórios, como nascituros, tendo seus direitos assegurados desde a concepção, mesmo que ainda não tenham sido implantados no útero materno, ou como prole eventual, não sendo considerados legitimados para suceder. Parte da doutrina entende que não sucedem legitimamente, conforme Tartuce cita as lições de Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, nem os embriões congelados *in vitro* nem os filhos gerados por inseminação artificial após a abertura da sucessão.

Por outro lado, Zeno Veloso, citado por Tartuce², mencionando o princípio da igualdade jurídica dos filhos, garantido pela Constituição Federal no artigo 227, §6º, defende que mesmo após a morte do pai, os embriões implantados teriam direito a ser herdeiros, se nascidos com vida e após adquirir personalidade. Também são citados em sua obra os doutrinadores Francisco José Cahali, Maria Helena Diniz, Silmara Juny de Abreu Chinellato, os quais não fazem distinção entre os concebidos de forma natural e os obtidos pelas técnicas de reprodução artificial. O referido autor ainda traz à baila o Enunciado n. 267 da III Jornada de Direito Civil,

¹TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões. – 10. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 68-83

² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Idem, 70.

realizada em dezembro de 2004, em Brasília, em que se decidiu que os embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida possuem vocação hereditária, ou seja, são sucessores legítimos.

O autor Caio Mário da Silva Pereira³ também discorre sobre a procriação artificial e a sucessão legítima, trazendo uma contribuição ao falar sobre o avanço extraordinário da ciência nos últimos anos e o problema da legitimação sucessória das pessoas concebidas por essas técnicas, após a abertura da sucessão e mesmo após a morte do pai. Faz críticas à redação conflituosa do artigo 1.597, do Código Civil, e também cita a cisão doutrinária entre os que defendem a legitimidade para suceder dos embriões mantidos em laboratório, sendo cabível a ação de petição de herança para reivindicar seus direitos na partilha, e os que dizem que os gerados por tais técnicas não têm vocação hereditária.

Todo esse conflito na doutrina foi o que impulsionou esse trabalho, que será direcionado para os direitos sucessórios e a legitimidade dos embriões havidos por técnicas de reprodução após a morte de seu genitor, os diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários e alguns projetos de lei que objetivam disciplinar o direito à herança.

A pesquisa teve como objetivo geral analisar o fenômeno da reprodução humana assistida após a morte de seu genitor no direito sucessório brasileiro e a necessidade de regulamentação legal. Como objetivos específicos encontram-se a tentativa de 1. Discorrer sobre a técnica de reprodução assistida *post mortem* e o direito à herança das pessoas havidas por esta técnica com base no princípio da igualdade jurídica dos filhos, apresentar as disposições legais brasileiras referentes ao direito sucessório dos embriões fertilizados *post mortem* e, por fim, apresentar a evolução da doutrina e da jurisprudência no tratamento dos direitos sucessórios do nascituro em contraponto com o avanço da ciência genética.

A metodologia utilizada abordou o método de pesquisa dedutivo, por apresentar processo observacional. Para operacionalizar o método de pesquisa, a análise deteve em pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial englobando livros, artigos, leis brasileiras sobre o tema e a internet.

Sendo assim, o primeiro capítulo discorre sobre a conceituação de direito sucessório, a passagem de uma visão individualizada para uma constitucionalizada do Direito Civil e a observância dos princípios fundamentais norteadores trazidos pela Carta Constitucional, a

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. VI - Direito Das Sucessões – 24. ed. – Forense: 2017, p. 27-31

evolução da filiação e seus critérios de determinação, o reconhecimento do estado filiatório e a prerrogativa do planejamento familiar como uma decisão livre do casal.

O segundo capítulo abordará os avanços da ciência em relação à reprodução humana assistida, os principais métodos de reprodução artificial, as peculiaridades da lei de biossegurança e das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais constituem as únicas normativas sobre a temática. Também serão estudados os embriões excedentários, os quais são os que foram produzidos para determinado procedimento reprodutivo, mas que ao final acabaram não sendo utilizados, e a possibilidade de ocorrer a concepção e o nascimento com vida de um filho após a morte de um de seus genitores, por meio do congelamento de material genético e seu uso posterior.

Por fim, o terceiro capítulo falará sobre os conceitos de vocação hereditária e de legitimidade para suceder conforme o Código Civil, sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial em reconhecer direitos sucessórios às crianças havidas pelas técnicas de procriação assistida, tanto durante a vida como após a morte de um dos genitores, o direito à petição de herança e sobre alguns projetos de lei que almejam regulamentar a questão da abertura da sucessão e dos procedimentos a serem adotados enquanto o embrião concebido em laboratório não é implantado no útero materno e ocorra o nascimento com vida.

CAPÍTULO 1 – O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

1.1. Histórico e conceito do direito sucessório

O direito de suceder remonta aos tempos mais antigos. A transferência da posse e da propriedade dos bens sempre esteve atrelada à ideia de continuidade da religião e da família, cabendo ao primogênito o culto aos antepassados. Daí se explica o fato que perdurou durante séculos: a sucessão operava-se exclusivamente pela linha masculina, pois cabia ao filho homem mais velho o encargo de cultuar a memória de seus ancestrais. Somente com a Revolução Francesa, a desconsideração pelo gênero feminino foi abolida⁴.

Foi em Roma que a evolução do direito sucessório se tornou mais nítida. A Lei das XII Tábuas estabeleceu que o *pater familias* gozava de plena liberdade para testar seus bens após sua morte. Sendo assim, a sucessão passou a obedecer a uma ordem de preferência: primeiro a classe dos *sui*, que eram os filhos e os netos do morto, depois os da classe dos *agnati*, os colaterais com origem na linha paterna, e por fim os da classe dos *gentili*, que eram o restante dos membros que compunham o grupo familiar. Esse último somente sucedia na ausência de pessoas das classes anteriores⁵.

A sucessão legítima somente passou a se dar exclusivamente pelo parentesco sanguíneo com o Código Justiniano. O Código Germânico também previu que somente os parentes de sangue eram os verdadeiros e únicos herdeiros. O Código Napoleônico e o Código Civil Alemão trouxeram em seu bojo a previsão de que a posse e a propriedade da herança passavam de pleno direito aos herdeiros, após a morte do hereditando. Essa ficção jurídica é o que a doutrina denomina de princípio da *saisine*, o qual foi introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754 e no Brasil pelo Código Civil de 1916, revelando a grande influência que a codificação francesa exerceu sobre a legislação brasileira, mesmo antes da entrada em vigor do Código⁶.

Carlos Roberto Gonçalves faz uma elucidativa linha histórica da evolução do direito sucessório até se chegar aos dias atuais:

Malgrado as antigas regras sobre a sucessão, quer inspiradas em motivos religiosos, quer fundadas no anseio de fortalecer a família, não levassem em consideração o

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Idem, p. 21-22

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Ibidem, p. 22-24

sentimento de equidade, que recomenda a igualdade de tratamento entre herdeiros da mesma classe e grau, foi nesse sentido que o direito hereditário evoluiu. No direito contemporâneo a sucessão legítima, na generalidade dos países, processa-se entre os herdeiros que se encontram no mesmo grau e que, por conseguinte, recebem partes iguais.⁷

Seguindo essa linha de pensamento da modernidade, a Constituição Federal de 1988 trouxe dois dispositivos relevantes para o estudo do direito sucessório. Em seu artigo 5º, inciso XXX, incluiu o direito à herança no rol de garantias fundamentais; e no artigo 227, parágrafo 6º, previu a igualdade jurídica entre os filhos, independente da origem da filiação. Por fim, em 2003 entrou em vigor o novo Código Civil, destacando-se, entre outras mudanças relevantes, a incorporação do cônjuge e do companheiro como herdeiros necessários e concorrentes à sucessão legítima com os descendentes e os ascendentes.

Superado o estudo da parte história, entra-se na parte conceitual. Para conceituar direito sucessório, é importante primeiro entender o que significa a expressão sucessão para o direito civil. O ato de suceder denota a ideia de que haveria a substituição de uma pessoa por outra para desempenhar determinada atividade, cargo ou função. Ela pode ocorrer tanto por ato entre vivos, também chamado *inter vivos*, ou por força da morte, denominado de *causa mortis*. Esse último é o objeto de estudo do direito das sucessões, haja vista a previsão do artigo 426 do Código Civil de não ser lícito que a herança de pessoa viva seja objeto de contrato. Esse ato bilateral é chamado de pacto sucessório ou *pacta corvina*, vedado pelo ordenamento jurídico.

Então, o direito sucessório refere-se ao estudo da transmissão de bens, direitos e obrigações em virtude do falecimento de uma pessoa, para outra sobrevivente, a qual será regida pelo próprio Código Civil ou por ato de última vontade do transmissor da herança. Transmite-se todo o patrimônio do falecido, ou seja, todas as suas relações jurídicas, sejam elas relacionadas a créditos ou a débitos. Flávio Tartuce traz uma definição de Direito das Sucessões, inclusive citando o artigo 2.024.º do Código Civil português:

Em suma, a partir das categorizações expostas, de antes e de hoje, este autor define o Direito das Sucessões como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição da última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. Serve como inspiração, para este autor, a concepção legal que está no art. 2.024.º do Código Civil português, segundo o qual ‘Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25

a esta pertenciam.⁸

Como bem cita o autor, são duas as modalidades de sucessão *causa mortis*: a legítima, também conhecida como *ab intestato*, e a testamentária. Na primeira, decorrente dos comandos da lei, os beneficiados, chamados de herdeiros legítimos, são o cônjuge, os descendentes, os ascendentes e os colaterais.

A sucessão legítima também pode ocorrer se, na existência de um testamento, este for considerado nulo (for inválido desde a sua elaboração) ou caducar (tornar-se ineficaz em decorrência de alguma causa superveniente). E se na última vontade do testador não estiver compreendido a totalidade de seus bens, em relação a esses bens não abarcados pelo testamento, verifica-se a sucessão legítima⁹.

A outra sucessão demanda um testamento por parte do falecido, por isso é denominado de ato de última vontade, em que se dispõe de todo ou parte de um patrimônio em favor de uma ou mais pessoas. No entanto, a liberdade de testar não é absoluta, pois entre os herdeiros legítimos, encontram-se os necessários, ou seja, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes que, em decorrência do artigo 1.846¹⁰, do Código, fazem jus de pleno direito à metade dos bens da herança do *de cuius*.

À essa metade que não se pode dispor livremente dá-se o nome de legítima. Em outras palavras, em uma sucessão que se opere através de testamento, esse ato só pode versar até a metade do patrimônio do morto, também designado de parte ou quota disponível, quando houver tais herdeiros vivos e capazes de receber a herança. Se não for o caso, o ato de disposição ocorre sem essa restrição.

A sucessão testamentária pode ainda ser a título universal, em que é transmitido todo o patrimônio do *de cuius* aos herdeiros, os quais herdaram cada um deles uma quota ideal dos bens. Também pode ser a título singular, sendo deixado para alguém algo ou quantia certa. A coisa singularizada denomina-se legado e quem o recebe, legatário.

⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 6: direito das sucessões – 10.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 3

⁹ Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

¹⁰ Art. 1.846, Código Civil: Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

1.2. O direito civil-constitucional (a constitucionalização do direito civil)

Com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, rompem-se os laços com o período do regime militar e inaugura-se uma nova ordem constitucional. A sociedade é libertada da tutela indevida do regime e toda a legislação infraconstitucional, a partir desse momento, toma como fundamento de existência a Lei Maior. Além disso, os avanços científicos e tecnológicos revelaram a necessidade de rever conceitos jurídicos vigentes, tornando inevitável que fossem feitas alterações a fim de regular os novos conflitos que surgiam dia a dia¹¹.

O Texto Constitucional remodelou a dogmática jurídica, elevando as necessidades humanas a um significativo patamar de proteção e desprezando as concepções individualistas, muito arraigadas no Código Civil de 1916. Este somente se preocupava em regular as relações jurídicas privadas, sendo a norma constitucional mero elemento de integração e aplicação no caso de lacunas. De agora em diante, a Constituição transforma-se em fonte primária do Direito Civil, tendo como seu principal objetivo garantir a dignidade da pessoa humana¹².

Esse fenômeno é chamado de constitucionalização do direito civil, que surge a partir da segunda metade do século XX. Os princípios e regras relativas às instituições privadas passam a fazer parte da Carta Constitucional, a qual estabelece, dentre outros, limites relativos à autonomia privada, à propriedade, à proteção dos núcleos familiares. A análise dos institutos regidos pelo Código Civil deve partir de uma visão constitucional para se chegar à máxima efetividade dos comandos constitucionais¹³. Essa supervalorização da Constituição levou à necessidade de se repensar o Direito Civil, como explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A partir dessa incontestada supremacia, o esforço interpretativo da doutrina detectou a necessidade de: *i*) uma releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos (como o direito de propriedade e contrato), *ii*) elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, porém dinâmicas, vivas, presentes na vida social, como, por exemplo, a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar) e *iii*) uma interação estreita entre diferentes campos da ciência jurídicas (a superação da velha dicotomia do direito, já aludida anteriormente).¹⁴

Alterou-se a estrutura e os conceitos fundamentais do Direito Civil, com o fito de

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral, volume 1. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59-60

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 61-62

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ibidem, p. 63-64

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ibidem, p. 60

adequar-se ao novo panorama constitucional. A solução dos conflitos resultantes da codificação privada passa a ser buscada nos princípios da Constituição. E três princípios são os pilares do direito civil-constitucional: a proteção da dignidade humana, através da valorização do cidadão; a solidariedade social, destacando-se a existência digna conforme a justiça social; e a isonomia ou igualdade substancial¹⁵.

Esses valores marcaram indiscutivelmente as mudanças que introduziram o Direito Contemporâneo. Tais preceitos serão analisados relativamente ao Direito de Família, assim como sua importância na construção de um direito mais humanizado e preocupado com as adversidades sociais.

1.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

É um dos fundamentos da República Federativa, conforme artigo 1º da Constituição Federal. É considerado pela doutrina como um *superprincípio* ou *macroprincípio*, pois ele rege todas as relações jurídicas dos cidadãos. É a base formadora de todo o Estado Democrático de Direito, pois através dele que se busca a promoção dos direitos humanos e da justiça social e o desenvolvimento pleno de todos. O reconhecimento desse princípio junto com a garantia de direitos iguais é a base para se alcançar a convivência harmônica¹⁶.

A dignidade humana incide sobre diversas situações e é dela que se desdobram os demais princípios, como a liberdade, a igualdade, a cidadania, a solidariedade. Constitui-se em um limite e um direcionamento de atuação para o Estado na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Nas relações de família, a dignidade humana desempenha um papel primordial. Busca-se que todas as famílias consigam meios de propiciar a seus membros um crescimento saudável e de qualidade e sua realização pessoal. O vínculo familiar deve ser norteado pela proteção à vida e à dignidade de todos os seus membros, respeitando e assegurando os direitos da personalidade. Essa é a base da comunidade familiar: a valorização do indivíduo dentre seus familiares. A família passa a existir em função de seus componentes e não o contrário¹⁷.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral, volume 1. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65

¹⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 1.219

¹⁷ TARTUCE, Flávio. Idem, p. 1.220

Também é importante frisar, que o direito civil constitucional inovou em relação ao tratamento jurídico dado às formas de filiação e aos núcleos familiares. De acordo com os ensinamentos da doutrinadora Maria Berenice Dias:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.¹⁸

Não mais é aceito tratamento discriminatório em relação aos filhos havidos fora do casamento nem às famílias que são constituídas de forma não tradicional. O princípio em tela trata de colocar a pessoa no centro de proteção de todo o ordenamento pátrio.

1.2.2. Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade é um sentimento de preocupação que uns sentem pelos outros. Um ato de bondade e de cooperação com o próximo. Esse sentimento de amparo social é tomado como valor, o qual se transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações entre os indivíduos. Constitui-se em um dever conjunto do Estado, através da elaboração de políticas públicas, e das pessoas entre si, de cooperar, assistir, amparar, ajudar e cuidar. Supera-se o individualismo, com a transformação do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social¹⁹.

Como objetivo fundamental da República, plasmado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, a solidariedade se reflete nas relações familiares, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual. A união dos membros ocorre de forma democrática e não mais autoritária, como se observava nas famílias patriarcais. Tomam-se todos os membros como pessoas livres e iguais, possuindo os mesmos direitos e deveres no seio familiar²⁰.

Os deveres são impostos à família como ente coletivo e individualmente a cada um dos membros. Exige-se tanto o respeito mútuo e o dever de cooperação entre os integrantes da família, representando uma dimensão interna da solidariedade, como uma interação sadia e

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 1. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 48

¹⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 1.225

²⁰ TARTUCE, Flávio. Idem, p. 1.225

responsável entre o grupo familiar e a sociedade, numa dimensão externa do princípio²¹.

1.2.3. Princípio da igualdade jurídica entre os filhos

É o princípio que zela pelo tratamento igual e proporcional entre as pessoas a fim de se evitar privilégios. É a máxima que prevê que se deve colocar em igualdade os desiguais e respeitá-los na medida de suas desigualdades. Prevê o artigo 5º, caput, da Constituição Federal, que todos são iguais perante a lei e que não deve haver distinções de nenhum tipo, seja de etnia, sexo, cor, classe social.

Para a compreensão desse princípio para o Direito de Família, revela-se necessário saber como era o tratamento dispensado para os filhos no Código Civil de 1916. Anteriormente à nova ordem constitucional, existiam distinções entre os filhos havidos ou não na constância do casamento. Estes últimos eram resultantes de relações extramaritais e chamados de ilegítimos.

Classificava-se os filhos ilegítimos em naturais e espúrios. Os naturais eram os nascidos de homem e mulher que não possuíam impedimento para se casar; os espúrios eram os de pessoas impedidas de contrair matrimônio ao tempo da concepção. Os espúrios se subdividiam em incestuosos, que eram os havidos de pessoas impedidas de casar devido ao parentesco próximo, e os adulterinos, resultantes de relações extraconjugais²².

É interessante ressaltar que o Código Civil de 1916, em seu artigo 358, previa a impossibilidade aos filhos incestuosos e adulterinos de serem reconhecidos por seus pais. A doutrina reconhecia a tendência do legislador de preservar o casamento e punir as práticas adúlteras. No entanto, a punição recaía para a parte mais frágil e vulnerável da relação: os próprios filhos, que deveriam responder pelas atitudes de seus pais²³.

Tudo muda a partir da promulgação da Lei maior. Foi ela, especialmente o artigo 227, parágrafo 6º, fruto da constitucionalização do direito civil, que fez surgir o princípio da igualdade jurídica entre os filhos. Foi expurgado do ordenamento jurídico qualquer tipo de diferenciação, resguardando aos filhos os mesmos direitos e deveres, independente da origem da filiação e havidos ou não na constância do casamento.

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53-54

²² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. Curso de direito civil: direito de família. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423

²³ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. Idem, p. 423-425

Impedem-se tanto as distinções fundadas na natureza do vínculo que une os genitores como em razão de sua origem biológica. A partir de agora também são garantidos os mesmos direitos e proteção, tanto patrimonial como pessoal, e igualdade na sucessão. Não mais se admite denominações como filho adulterino, ilegítimo, incestuoso, bastardo. Somente para fim de diferenciação, utiliza-se a denominação filhos havidos fora do casamento, mas sem conotação discriminatória. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald explicam que:

A incidência da isonomia entre os filhos produzirá efeitos no plano matrimonial e no campo existencial. Com isso, pondo fim às discriminações impostas aos filhos adotivos, a igualdade assegura que um filho tenha o mesmo direito hereditário do outro. Ou seja, não há mais a possibilidade de imprimir tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (se biológica ou afetiva). Outrossim, sequer são admitidas qualificações indevidas dos filhos, não mais sendo possível juridicamente atribuir a um filho a designação de adulterino ou incestuoso.²⁴

Essas medidas estão atreladas à proteção da dignidade humana dos filhos. Os interesses do menor passam a exercer um papel de relevância, sendo eles os critérios para solução dos conflitos. E o Código Civil de 2002, obedecendo o princípio da igualdade, previu em seu artigo 1.596²⁵ que todo filho teria os mesmos direitos e qualificações, enterrando de vez qualquer forma de discriminação²⁶.

1.3. Da Filiação e do Reconhecimento dos filhos

O direito de os filhos serem reconhecidos por seus pais é um tema que, à luz do direito civil-constitucional, sofreu um grande impacto. O período de tratamento discriminatório que sofreram os filhos não havidos por uma relação conjugal foi superado por uma nova perspectiva de reconhecimento e proteção do Estado, como se verá mais a frente.

1.3.1 Conceito e evolução histórica da filiação

A filiação é o liame jurídico que existe entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre os pais e seus filhos. Ela é o meio de construção dos núcleos familiares, da realização plena da personalidade humana e da valorização do indivíduo como sujeito de deveres e obrigações. A realização pessoal, que se dá através do respeito mútuo e da proteção das individualidades dentro do seio da família, será a responsável por formar a identidade da

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral, volume 1. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 130

²⁵ Art. 1.596, Código Civil: Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 130

pessoa.

O elemento primordial da filiação reside na convivência e no acompanhamento do crescimento dos filhos, através das relações de afeto e de carinho e dos ensinamentos que são repassados ao infante. Desta feita, esse laço não se dá exclusivamente pela concepção biológica, pois somente as circunstâncias do caso concreto é que ditarão qual desses vínculos, o sanguíneo ou o afetivo, prevalecerá.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem uma lição sobre o conceito de filiação, destacando-se que esse instituto de Direito de Família vai muito além dos vínculos sanguíneos. Relevante para o estudo é considerar que os filhos são filhos, qualquer que seja o tipo de ligação entre eles e seus genitores:

Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no mesmo grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados.²⁷

A filiação ocorre através das relações sexuais, da adoção, da inseminação medicamente assistida ou simplesmente do estabelecimento de afeto entre o pai e o filho. Por haver diversas formas é que se garante a igualdade de tratamento jurídico ao filho, independente da origem de filiação, sob pena de afronta direta à Constituição Federal. Todo tipo de discriminação foi repudiado e antigos conceitos foram revistos e adequados, a fim de se acompanhar o desenvolvimento social, a evolução jurídica e se adequar ao garantismo constitucional²⁸.

Nesse sentido, a Carta Constitucional desempenhou um papel fundamental nas mudanças relacionadas à Codificação Civil, tendo em vista o histórico na legislação brasileira do tratamento dispensado aos filhos. O Código Civil de 1916, colocando em alto relevo o instituto do casamento, previu, dentre outras coisas, a proibição do reconhecimento de filhos espúrios e a discriminação em relação aos direitos sucessórios dos filhos adotados. Todavia, com a Lei nº 883 de 1943 permitiu-se o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento. No entanto, esse direito somente poderia ser exercido com a dissolução da sociedade conjugal

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 570

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 571

ou cinco anos após a separação de fato dos cônjuges²⁹.

Foi a Constituição que garantiu que todos fossem igualados em direitos e condição, seguindo a orientação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O Novo Código Civil, na mesma linha de raciocínio, preocupou-se em dar um tratamento novo aos institutos jurídicos do Direito Civil e a coibir as discriminações³⁰.

No tocante à prova da filiação, prevê o artigo 1.603 do Código de 2002 que esta se dá por meio da certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil³¹. Na falta, pode ser provada pela existência de escritos dos pais, pela existência de presunções enfáticas da filiação, inclusive pela posse do estado de filho, pela oitiva de testemunhas, por documentos comprobatórios, por perícias e exames médicos (teste de DNA)³². A ação é personalíssima, ou seja, compete ao filho, enquanto viver, podendo ser transmitida aos herdeiros se ele morrer menor ou incapaz³³.

É importante abrir um parêntese para falar da posse do estado de filho. Esse instituto jurídico decorre de uma situação de fato, em que certas pessoas se comportam e se apresentam como pai e filho, fazendo com que a relação de afeto e carinho crie entre elas um vínculo jurídico. A convivência familiar faz surgir uma realidade social e afetiva, a qual é conferida juridicidade e reconhecida como uma forma de filiação. Tal é sua importância que, após o reconhecimento, não é possível sua revogação ou retratação e seus efeitos jurídicos são imediatos após o estabelecimento do vínculo socioafetivo³⁴.

1.3.2. Critérios de determinação da Filiação

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁵ enumeram três critérios distintos para o estabelecimento do vínculo de filiação entre pais e filhos. São eles: o jurídico, que trata da presunção de paternidade na procriação natural e na artificial, conforme o Código Civil; o biológico, decorrente dos avanços das pesquisas científicas, principalmente com a utilização do

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 566-567

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 566

³¹ Art. 1.603, Código Civil: A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

³² Art. 1.605, Código Civil: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

³³ Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ibidem, p. 576-577

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Ibidem, p. 590

teste de DNA; e o afetivo, baseado na relação de afeto e carinho desenvolvido em quem ocupa o papel de pai ou mãe na vida da criança, independentemente da existência de laços sanguíneos.

No critério jurídico, a Codificação Privada, em seu artigo 1.597, determina que, a partir da ocorrência de determinados requisitos, o recém-nascido vai ser presumidamente filho de quem a lei determinar. Essa presunção é determinada juridicamente no momento do nascimento, presumindo-se a exclusividade e a fidelidade entre o casal. No entanto, são várias as críticas da doutrina, como bem citam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Tais presunções filiatórias não levam em conta, a toda evidência, a verdade biológica, presumindo que a mãe é a indicada no parto e que o pai é o marido dela. Bastará imaginar a situação de uma gestação em útero alheio (conhecida como “barriga de aluguel”) ou mesmo de uma troca de bebês em maternidade para colocar em xeque a presunção de maternidade, por igual, com simples lembrança de casos de infidelidade ou mesmo de fertilização assistida para derrubar, no mundo pós-moderno, o seu arcabouço de sustentação.³⁶

Dispõe o artigo 1.597, I e II, do Código que os filhos nascidos pelo menos cento e oitenta dias após o estabelecimento da convivência conjugal e trezentos dias após sua dissolução de fato, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento, foram concebidos na constância do casamento. Essa é a presunção legal na procriação natural, em que é estabelecido um lapso temporal em que há a possibilidade de uma gestação e do nascimento de um filho.

O mesmo artigo 1.597 do Código Civil também estabelece a presunção de paternidade na procriação assistida:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essa técnica, também chamada de reprodução medicamente assistida, é utilizada nos casos em que um casal procura por assistência médica para auxiliá-los na geração de seus filhos. Ela é utilizada por pessoas que tem dificuldades para engravidar, seja por problemas seus ou de seus parceiros, em que se verifica que um outro sofre de problemas de infertilidade ou esterilidade.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 592

Na fecundação artificial homóloga é utilizado material genético do próprio casal para o procedimento e na heteróloga, o material é obtido de terceiros. A concepção pode ocorrer no próprio corpo da mulher, a qual se dá o nome de inseminação artificial, ou no laboratório, com a implantação posterior dos embriões fecundados no útero, denominada de fertilização na proveta ou *in vitro*³⁷.

Por fim, é importante frisar que nos casos de inseminação heteróloga, a presunção de paternidade só vai ocorrer se o marido autorizar previamente. É uma espécie de reconhecimento prévio de filho e que, após a aquiescência do marido, não cabe a impugnação posterior de paternidade através de exame de DNA, pois o vínculo filiatório é criado no momento da concordância do procedimento de fecundação artificial³⁸.

O segundo critério, o biológico, fez-se presente com o avanço das técnicas e das pesquisas científicas da Medicina. Anteriormente, era muito difícil o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, principalmente por conta das presunções legais de paternidades e também pela discriminação que os “filhos ilegítimos” sofriam. Contudo, com o advento da prova pericial biológica chamada de exame de DNA, a determinação da filiação tornou-se possível, transmitindo uma certeza científica quase que absoluta através do referido teste³⁹.

A determinação do estado de filho ocorre pelo exame da carga genética que este traz consigo, ou seja, tem esteio no vínculo biológico existente entre a informação genética do examinado que deve coincidir com as do suposto pai ou mãe. Tanta é a importância do exame de DNA que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 301⁴⁰ que dispõe sobre a presunção relativa de paternidade nos casos em que o genitor se recusa a se submeter ao DNA.

Por último, o critério afetivo determina a filiação através de um ato de vontade, sedimentada no trato cotidiano e na publicidade. A função de genitor é desempenhada por uma pessoa que não transmitiu seus genes biológicos, mas que desenvolveu um carinho e um afeto com a criança a ponto de considerá-la seu filho de sangue⁴¹. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, explicam a paternidade socioafetiva:

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 598-602

³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Idem*, p. 605-608

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ibidem*, p. 613-614

⁴⁰ Súmula 301, STJ: Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ibidem*, p. 616

Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira *desbiologização* da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens⁴²

Seria o que os autores chamam de adoção de fato, em que o pai ou mãe afetivo ocupa o lugar de genitor, merecendo idêntica proteção do Direito. Ela faz cair por terra tanto a presunção jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação. Caracteriza-se como uma adoção, pois é construída na convivência afetiva, em que os filhos gozam de todos os direitos conforme a Lei Civil, igualando-se à paternidade/maternidade biológica.

1.3.3. O reconhecimento dos filhos

Depois de estabelecida a filiação, surge para os filhos o direito de ser reconhecidos por seus genitores, sejam eles presumidos, biológicos ou afetivos. Esse ato pode ser voluntário ou forçado, em que se estabelece o parentesco em primeiro grau na linha reta. Ele é voluntário quando praticado espontaneamente pelos pais e forçado quando, contra sua vontade, uma decisão do Poder Judiciário, por meio de uma ação de investigação de paternidade ou de maternidade, reconhece o estado de filiação.

O reconhecimento voluntário ou perfilhação ocorre quando o pai, a mãe ou ambos declaram que existe um vínculo que os une ao recém-nascido. Pode ser feito através de uma procuração com poderes específicos e sem a necessidade do consentimento do cônjuge para que o pai reconheça um filho havido fora do casamento. É um ato irrevogável e irretroatável, que não se submete a condição, termo ou encargo, ou qualquer outra forma que restrinja esse direito. Possui eficácia declaratória, pois esclarece uma situação já existente, e efeito *erga omnes*⁴³.

O artigo 1.609 do Código Civil prevê hipóteses de reconhecimento voluntário:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

- I - no registro do nascimento;
- II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 617

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, 628-629

O parágrafo único do citado artigo prevê ainda que o filho pode ser reconhecido antes do nascimento ou posterior a seu falecimento, sendo imprescindível que na última hipótese, ele tenha deixado descendentes. Conforme previsto no Código, os filhos maiores de idade não podem ser reconhecidos sem seu consentimento e os menores possuem quatro anos, a partir da maioridade ou da emancipação, para impugnar o reconhecimento⁴⁴.

O reconhecimento forçado ou judicial se dá através de uma ação de investigação de paternidade, que pode ser contra o próprio genitor ou seus herdeiros. Nela, será reconhecido o vínculo parental através de uma sentença, sendo que o meio de prova mais eficaz é o exame de DNA. É uma ação de estado que visa a discutir e estabelecer os interesses referentes ao estado de filiação de uma pessoa natural e por essa razão ela é imprescritível, irrenunciável e inalienável⁴⁵.

1.4. O planejamento familiar e a lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996

O planejamento familiar constitui-se em um “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”⁴⁶. É um princípio plasmado no art. 226, §7º⁴⁷, da Constituição Federal e regulamentado pela lei nº 9.263/1996, que garante a qualquer cidadão a livre decisão em relação à constituição de sua família e que atribui ao Poder Público a tarefa de propiciar recursos educacionais e financeiros, vedando-lhe qualquer tipo de coerção.

Ele deve ocorrer por meio de “ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”⁴⁸. A citada lei prevê que o Sistema Único de Saúde se encarregará da assistência à concepção, à contracepção, ao parto, ao puerpério e ao neonato, do atendimento pré-natal, do controle das doenças sexualmente transmissíveis e do controle e da prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis⁴⁹.

⁴⁴ Art. 1.614, Código Civil: O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 637-638

⁴⁶ Art. 2º, Lei nº 9.263/1996

⁴⁷ Art. 226, §7º, Constituição Federal: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴⁸ Art. 4º, caput, Lei 9.263/1996

⁴⁹ Art. 3º, parágrafo único, Lei. 9.263/1996

CAPÍTULO 2 – TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

2.1. O avanço da ciência na reprodução medicamente assistida

A reprodução assistida consiste em uma técnica para auxiliar pessoas com dificuldade de gerar sua prole de forma natural, seja por infertilidade, que consiste na dificuldade de engravidar, ou por esterilidade, que é a impossibilidade de gerar células sexuais. Foi a busca incessante por encontrar meios de controlar a procriação e ajudar pessoas a terem filhos que impulsionou as pesquisas científicas e, por conseguinte, resultou no desenvolvimento da engenharia genética e da biotecnologia.

A história dessa técnica de reprodução remonta à Idade Média, quando se teve notícia dos primeiros relatos de tentativas de manipular gametas com o objetivo de gerar indivíduos artificialmente. Em 1777, o biólogo italiano Lázaro Spalanzani realizou o primeiro procedimento do tipo registrado pela ciência em um mamífero. No entanto, foi o médico inglês John Hunter, no final desse século, que logrou realizar a primeira inseminação artificial em útero humano, começando a evolução e desenvolvimento desse método⁵⁰.

Desde então, na medida em que as pesquisas foram avançando, as técnicas de fertilização artificial foram se difundindo com mais intensidade e se tornando mais frequentes. Foi durante o Século XX que houve um significativo avanço científico e tecnológico tanto em relação às técnicas de reprodução como em relação aos métodos contraceptivos. Criou-se uma nova perspectiva para as pessoas que desejavam, mas que sofriam de algum problema de ordem biológica, física ou psicológica que os impossibilitava de gerar seus herdeiros.

O marco histórico da reprodução humana assistida foi o nascimento de Louise Joy Brown, no Reino Unido, em 25 de julho de 1978, sendo o primeiro bebê nascido pela técnica de fertilização na proveta. Esse fato revolucionou a medicina e causou comoção na imprensa nacional e internacional diante de um procedimento pouco conhecido. Foram necessárias em torno de 50 tentativas para que o casal que tentava engravidar havia mais de nove anos conseguisse que os embriões implantados no útero vingassem e gerassem uma vida. No Brasil, o primeiro caso de nascimento de um bebê de proveta data de 1984⁵¹.

⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 670-672

⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 673-674

O que antes era visto com desconfiança pela comunidade científica e pelas pessoas leigas, passou a ser cada vez mais estudado com o intuito de aprimorar as técnicas de reprodução e o estudo das causas que impediam as pessoas de ter filhos. A partir disso o procedimento tornou-se comum, com várias clínicas de fertilização espalhadas pelo país e pelo mundo. Alguns dados coletados no site da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA ilustram essa situação:

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 nº 18, 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.⁵²

As estatísticas do ano de 2001 já apontavam um número elevado do procedimento que foi bem-sucedido e levou à concepção e nascimento. Atualmente, essas estatísticas apontam que somente no ano de 2016, as clínicas congelaram mais de 30.000 embriões e que mais de 67.000 embriões foram transferidos para dar início a uma gravidez, segundo o 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), publicado pela ANVISA⁵³.

Essa verdadeira revolução no campo das ciências produziu reflexos no Direito das Famílias e das Sucessões, mudando a antiga estrutura familiar e o sistema de presunções de paternidade previsto no Código Civil Brasileiro de 2002. No entanto, o legislador pareceu não acompanhar o progresso científico, pois pouco regulamentou o tema, deixando a cargo de legislações especiais tratarem sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Apesar de ser um assunto de alta complexidade, é necessária sua regulamentação como uma forma de limitar o uso das técnicas. Não se fala em encontrar meios de proibir seu uso, mas evitar a utilização indiscriminada e com o único intuito de comercialização, como em casos que nem se faz necessário recorrer a tais procedimentos. Também encontrar formas de responsabilizar pais e mães, para que se conscientizem de seu papel na educação e na formação dos filhos que pretendem gerar, como ocorre nos processos de adoção, em que há uma investigação minuciosa para saber se os pais estão aptos a adotar uma criança⁵⁴.

⁵² CRISTINE, Eliane da Silva. Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida. Temas polêmicos de Direito de Família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2003, p. 242

⁵³ Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>. Acesso em 15 de outubro de 2017

⁵⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003,

Existem algumas normas esparsas como a Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005, também chamada de Lei de Biossegurança e as diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, mas que não tratam sobre o tema da regulamentação das garantias e seus reflexos nas relações familiares e nos direitos sucessórios. Maria Berenice Dias observa que:

Tímida foi a incursão do legislador, estabelecendo presunções de filiação somente nas hipóteses de inseminação artificial. Regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam mais bem acomodados em lei especial.⁵⁵

Há em trâmite na Câmara dos Deputados diversos Projetos de Lei - PL, como os PL nº 1184/2003, 4892/2012 e 115/2015, os quais almejam regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, mas que avançam lentamente para a aprovação.

2.2. Métodos de reprodução medicamente assistida

A reprodução medicamente assistida pode ocorrer de duas formas: pela inseminação artificial e pela fertilização na proveta (também denominada de fertilização *in vitro* - FIV). No primeiro procedimento, a concepção é feita no corpo da mulher. O profissional prepara o material, o qual será implantando no útero, onde ocorrerá a fecundação. Pelo outro método, todo o procedimento, desde a preparação até a concepção, é realizado no laboratório, sendo os embriões já fecundados implantados no organismo da paciente⁵⁶. Luciano Dalvi explica o último procedimento:

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 espermatozoides e os óvulos são colocados dentro de um meio de cultura especial e cultivados a 37°. 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.⁵⁷

Esses métodos surgiram para substituir a concepção natural e, como já mencionado, são

p. 673

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 395

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. , p. 572

⁵⁷ DALVI, Luciano. Curso avançado de biodireito – Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 172-173

empregados quando se constata, por exame laboratorial, que uma pessoa possui alguma dificuldade ou impossibilidade de ter filhos. Permite-se a formação de uma nova vida independente do ato sexual, por intermédio da interferência no processo natural de reprodução. Ambas a técnicas de reprodução artificial podem ser realizadas de forma homóloga ou heteróloga⁵⁸.

A homóloga é caracterizada pela manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal, com expressa anuência de ambos. Nessa hipótese, a intervenção do médico ocorre simplesmente para auxiliar pessoas que tem dificuldades em engravidar ou em levar a gestação até o fim. A heteróloga se dá por meio do uso de material genético de terceiro. Geralmente se concretiza pela utilização de sêmen e/ou óvulo de doadores anônimos, sendo que, após a fecundação no laboratório, a nova vida gerada é implantada no corpo da mulher⁵⁹.

A doutrina⁶⁰ também destaca a gestação por substituição ou em útero alheio utilizada pela Ciência Médica como técnica de reprodução assistida. Chamada popularmente de “barriga de aluguel”, é utilizada nos casos em que uma paciente é biologicamente impossibilitada de gestar ou levar a termo a gravidez.

A Resolução nº 2.121/2015 prevê que nesses casos deve existir parentesco de até o quarto grau entre a mãe que vai doar o útero temporariamente e a biológica, sendo que nos casos de não existir tais parentes, é necessária solicitação ao Conselho Federal de Medicina ou até uma ordem judicial; que a cessão do útero deve ter caráter gratuito, vedada a remuneração; e que sua utilização somente é permitida por quem comprovadamente não pode gerar um filho naturalmente, não sendo permitida por questões estéticas, por exemplo⁶¹.

É interessante comentar que a maternidade por substituição, sob o ponto de vista da filiação, implica na relativização das presunções *mater sempre certa est* (a mãe é sempre certa) e *pater is est* (pai é o marido da mãe), pois quem dá à luz não é a mãe biológica. Essa questão causa dúvida quanto ao registro do nascimento do bebê, nos casos em que o profissional que acompanhou a fertilização não for o mesmo que fez o parto. A Declaração de Nascido Vivo assinada pelo médico constará o nome da mãe hospedeira, sendo necessário que seja pedido ao

⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 395

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 573

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 399-400

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 550-551

juiz que determine que se registre a criança no nome da mãe de sangue.

Sobre a controvérsia, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald analisam que:

Essas orientações, de qualquer sorte, possuem cunho administrativo, não havendo diploma legal acerca da matéria, conquanto a realidade viva reclame regulamentação legislativa, como fizeram inúmeros ordenamentos alienígenas. A propósito do tema, propõe o Enunciado 129 da Jornada de Direito Civil uma nova redação para o art. 1.597-A do Código Civil: “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.⁶²

O Código Civil trata sobre a utilização dessas técnicas de reprodução de forma bem sucinta, dando ênfase à presunção de paternidade aos casais que fazem uso delas. A seguir será feita uma análise de tais presunções e algumas polêmicas e soluções encontradas pela doutrina para garantir os mesmos direitos aos embriões produzidos por esses métodos artificiais.

2.2.1. A fertilização homóloga e a presunção de paternidade do Código Civil

A Lei Civilista, em seu artigo 1.597, prevê que haverá presunção de paternidade quando os filhos forem concebidos na constância do casamento por fertilização homóloga, mesmo que falecido o marido ou companheiro, e quando se tratar de embriões excedentários, havidos a qualquer tempo⁶³.

Como se depreende da leitura do supracitado artigo, o legislador não menciona se é necessária a prévia autorização do marido ou companheiro para que se utilize o embrião após sua morte. Outro aspecto relevante diz respeito ao fato de a mulher precisar ou não manter o estado de viuvez, tendo em vista que o Código tampouco fala nada sobre isso. O Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil, consolidou o seguinte entendimento:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Se a mulher não preservar a condição de viúva ou não tiver autorização por escrito do marido ou companheiro, não será o caso de paternidade presumida, conforme o referido

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 577

⁶³ Artigo 1597, do Código Civil: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

Enunciado, pois não se pode presumir o consentimento para a inseminação após a morte do genitor. Nesse mesmo sentido, é o que prevê a Resolução 2.121/2015⁶⁴.

Também gera controvérsias a hipótese de dissolução do casamento, havendo ainda embriões que foram congelados quando o casal pretendia ter filhos. Preocupou-se em evitar que a paternidade fosse imposta a quem não mais tivesse interesse. A solução jurídica encontrada está no Enunciado 107 da Jornada de Direito Civil que prevê que:

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

Com isso, o médico somente poderá utilizar os embriões se houver expressa autorização do marido para esse fim. A Resolução CFM nº 2.121/2015⁶⁵, corroborando esse entendimento, também estabeleceu que o casal deverá determinar previamente o destino que será dado aos pré-embriões.

No entanto, a doutrina⁶⁶ pondera que um filho não pode ficar sem ser reconhecido por seu genitor. Se se utilizar os embriões após o divórcio, sem a anuência da outra parte ou sem que seja preservada a viuvez, nada impede o filho de ajuizar ação de investigação de paternidade para que seja reconhecido seu estado filiatório.

2.2.2. A fertilização heteróloga e a presunção de paternidade do Código Civil

A presunção na fertilização heteróloga ocorre nas situações em que, na constância do casamento, um filho é concebido com material genético de terceiro e com consentimento prévio do marido ou companheiro. Essa hipótese é mais comum nos casos em que é detectada a infertilidade irreversível, impossibilitando o casal de ter filhos que não seja por essa técnica. No entanto, a legislação não exige que o marido que consentiu seja impedido de procriar. O único critério é que haja consentimento prévio⁶⁷.

⁶⁴ Resolução CFM 2.121/15, VIII – É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

⁶⁵ Resolução CFM 2.121, item 3, número V: [...] no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 577

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 580

Como prevê a Resolução CFM nº 2.121/2015 é obrigatório o sigilo sobre a identidade de quem doará e de quem receberá os gametas para a fecundação. Sendo assim, a paternidade do fornecedor é afastada, pois é estabelecida filiação com o marido ou companheiro que manifestou expressamente com o procedimento reprodutivo, correspondendo o ato a uma adoção antenatal (antes do nascimento) ou a um reconhecimento prévio, sem possibilidade de retratação⁶⁸.

Apesar de se fazer essa comparação com a adoção, o Enunciado 111 do Conselho da Justiça Federal distingue os dois institutos, prevendo que:

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

A fecundação heteróloga gera presunção absoluta de paternidade socioafetiva, pois a filiação não pode ser impugnada, conforme previsão no artigo 1.597, V, do Código Civil. Se assim fosse, geraria insegurança quanto à determinação de paternidade, devido ao sigilo profissional que é dever dos médicos em relação à identidade do doador, e à possibilidade de uma simples manifestação de vontade desfazer a relação de paternidade que se concretiza no momento em que se consente na produção de um filho⁶⁹.

Corroborando esse entendimento o Enunciado 258 da Jornada de Direito Civil que prevê não ser cabível “a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

Muitos questionamentos são feitos em relação ao anonimato do doador. Apesar de a paternidade ser reconhecida a quem consentiu com a concepção, a doutrina⁷⁰ defende o direito do filho de conhecer e identificar sua ascendência genética. Seria o caso de ser possível propor ação de investigação de paternidade apenas para se conhecer sua origem ancestral, mas, sem efeitos registraes. O filho teria garantida sua identidade pessoal, sem que fosse reconhecido qualquer vínculo de parentesco.

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 398

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 398

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. Ibidem, p. 399

Guilherme Calmon Nogueira da Gama acredita que o direito à identidade é relevante para o desenvolvimento pleno da pessoa humana, devendo inclusive prevalecer, como regra, ao direito à intimidade do doador. É importante ter informação e saber a historicidade de sua ascendência, para que se entenda sua existência e sua origem e, assim, valorizar cada vez mais a conduta de seus verdadeiros pais no aspecto do Direito e da afetividade⁷¹.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁷² defendem que a garantia da preservação da identidade do doador deva ser flexibilizada também em determinadas hipóteses de relevante interesse, por exemplo, para tratamento de saúde que se exige informações genéticas do genitor. Eles entendem que se houver necessidade fundamentada, uma decisão judicial pode determinar que o sigilo seja quebrado.

2.3. A lei de biossegurança e a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina

A Constituição da República Federativa prevê as incumbências do Poder Público, em relação à defesa e à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Conforme seu artigo 225, §1º:

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

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Devido à necessidade de regulamentação dos incisos II, IV e V, do artigo acima transcrito, foi promulgada no ano de 1995 a Lei nº 8.974, a qual estabelecia, dentre outras

⁷¹GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 901-908

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 580-581

coisas, normas para uso das técnicas de engenharia genética. A referida legislação foi revogada em 24 de março de 2005 pela Lei de nº 11.105, atualmente vigente, que em seu artigo 1º prevê a que se destina:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

A referida lei, também denominada de Lei de Biossegurança, regulamenta a utilização para fins de pesquisa e terapia de células-tronco embrionárias obtidas por fertilização *in vitro*, nos casos de embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos. Deve haver consentimento dos genitores, sendo que os projetos devem ser submetidos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa e o material biológico não pode ser comercializado, implicando a sua prática em crime⁷³.

A lei cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, órgão de assessoramento na formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança, conforme artigo 8º, com várias competências. Consta em seu texto também as atribuições da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dos órgãos e entidades de fiscalização, da Comissão Interna de Biossegurança – CIBio, assim como a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, as infrações administrativas a que está sujeito quem violar as normas previstas no regulamento da lei e os crimes e as penalidades impostas.

Como se percebe, a norma em sentido estrito que mais se aproxima da reprodução medicamente assistida, limita-se a regulamentar a produção de organismos geneticamente modificados e a pesquisa com células-tronco. É uma lei que se refere a temas abrangentes, os quais até mereceriam legislações específicas para tratar de cada um em sua totalidade. O que melhor se amolda às necessidades de regulamentação do uso dos métodos artificiais de

⁷³Art. 5º, Lei 11.105/2005: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

procriação são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Flávio Tartuce traça uma resumida linha evolutiva sobre o tema:

Anote-se que, quanto à reprodução assistida (R.A.), o Conselho Federal de Medicina editou, em 15 de dezembro de 2010, a Resolução 1.957/2010, em substituição à antiga Resolução 1.358/1992. A norma tratava de questões éticas relativas ao tema, tendo grande aplicação prática, por orientar os atos que poderiam ou não ser praticados pelos médicos que atuam nessa área. Em 2013, essa resolução foi revogada pela Resolução 2.013/2013, do mesmo Conselho Federal de Medicina, que procurou aperfeiçoar o tratamento da matéria. Novamente, em setembro de 2015, foi publicada a Resolução 2.121, revogando a anterior e trazendo novas regras sobre a temática.⁷⁴

Publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 2015, a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina revogou a de nº 2013, de 9 de maio de 2013, e é a legislação responsável por preencher a lacuna em relação à regulação da prática da Reprodução Assistida. Trata em seu bojo dos princípios gerais aplicados à técnica, dos pacientes submetidos ao procedimento, das clínicas, centros e serviços voltados à procriação artificial, da doação e da criopreservação dos gametas e dos embriões, do diagnóstico genético, da gestação por substituição e da reprodução assistida *post mortem*.

Apesar de a Resolução CFM nº 2.121 vigor atualmente, foi a anterior (Resolução CFM nº 2.013/2013) que trouxe importantes inovações e cerrou temas antes polêmicos e permeados por insegurança. Dentre elas, destaca-se o estabelecimento de idade máxima de 50 anos para as pacientes se submeterem ao procedimento, a limitação de idade dos doadores, sendo de 35 anos para as mulheres e de 50 anos para os homens, previsão de que as doadoras de útero pertencessem à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau, permissão para o uso das técnicas para casais homoafetivos e pessoas solteiras.

Segundo Flávio Tartuce, a “principal novidade da última resolução foi a de afastar o caráter absoluto da limitação da idade de 50 anos para as mulheres que se submetem à reprodução assistida, tema muito debatido nos últimos anos”⁷⁵. Vários julgados⁷⁶ afastaram o limite de idade por ser uma afronta ao direito constitucional à liberdade de planejamento familiar. As características peculiares da condição de saúde de cada paciente devem ser levadas em conta no momento de determinar se o procedimento terá êxito e constituem deveres do

⁷⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 251

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. Idem, p. 252

⁷⁶ As decisões se embasaram no Enunciado nº 41, da I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizada em 15 de dezembro de 2014: O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar.

médico determinar a viabilidade da gestação e informar todos os riscos às pacientes.

Também constou em seu texto a possibilidade de, em uniões homoafetivas entre mulheres, o embrião gerado pela inseminação do óvulo de uma das parceiras seja implantado em outra, sendo esta responsável por gestar o bebê. É chamada pelo Conselho Federal de Medicina de gestação compartilhada e, apesar de parecer com a maternidade por substituição, com essa não se confunde, pois no primeiro caso ambas serão consideradas mães da criança e terão direito de requerer que seja registrado o fato pelo Cartório do Registro Civil⁷⁷.

Tartuce, ao falar da tendência atual de reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, que vem sendo confirmada pelos Tribunais Superiores, considera que o reconhecimento “deve ocorrer para todos os efeitos e fins, inclusive para a filiação e o uso das técnicas de reprodução assistida”⁷⁸. A nova Resolução é clara e afasta qualquer dúvida sobre essa possibilidade.

Apesar de já constarem em Resoluções anteriores, é importante salientar outros pontos importantes do atual regulamento. Dentre os quais se menciona a proibição da doação de gametas com caráter lucrativo ou comercial, a vedação à aplicação das técnicas de reprodução assistida com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças genéticas, a manutenção do sigilo da identidade dos receptores e dos doadores, e a possibilidade da utilização de material genético após a morte do genitor, desde que este tenha autorizado anteriormente.

2.4. A utilização de embriões excedentários

No procedimento de fertilização são preparados vários embriões no laboratório, pois, em geral, são necessárias diversas tentativas de concepção. Os que foram concebidos, mas não utilizados são denominados de excedentários, os quais permanecem armazenados congelados (criogenizados) na clínica para a hipótese de não se obter êxito e desejar que seja refeito o processo.

Foi graças ao avanço tecnológico que surgiram técnicas de criopreservação de espermatozoides, óvulos e embriões. E, dada a viabilidade de preservá-los, constitui ilícitos a

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 400

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 256

sua destruição, descarte ou inutilização. No entanto, quando exitosa a fecundação, muitas eram as dúvidas sobre o que fazer com o material conservado que não seria mais utilizado ou que se encontrava há algum tempo sem uso.

Essa foi uma das inúmeras contribuições que a Lei de Biossegurança trouxe. Como já mencionado, ela pôs fim à controvérsia ao prever em seu artigo 5º a possibilidade de usar as células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. A utilização depende do preenchimento de alguns requisitos: que sejam embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, na data da publicação da referida lei (24 de março de 2005) ou já congelados na data da publicação, depois de completarem três anos, contados a partir da data do congelamento; e o consentimentos dos genitores.

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal – STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, reconhecendo a constitucionalidade do artigo supracitado e autorizou as pesquisas com células-tronco. Firmou-se o entendimento de que o embrião humano fertilizado *in vitro* não tem direito à proteção, enquanto não for introduzido no útero feminino, e que o descarte não constitui crime de aborto tipificado no Código Penal⁷⁹.

Na decisão, o STF decidiu que a opção pelo procedimento de fecundação artificial na proveta denota a liberdade pessoal e a autonomia da vontade. Não seria lógico obrigar o casal a implantar todos os óvulos fecundados e geneticamente viáveis, pois, se assim fosse, contrariaria o princípio do planejamento familiar⁸⁰.

Sobre o tema, concluem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal que:

Realmente, tendo na tela da imaginação os valores da dignidade humana e da solidariedade social, bem como a impossibilidade de desenvolvimento do embrião fora do corpo da mulher, não nos parece existir qualquer vício de inconstitucionalidade no citado dispositivo legal. Ao revés, parece estar vocacionado a garantir a dignidade de pessoas que, atualmente, dependem das pesquisas científicas.⁸¹

O embrião não dispõe de personalidade jurídica e nem de direitos da personalidade, pois nos termos do artigo 2º do Código Civil, a personalidade civil “começa do nascimento com vida”, não sendo atingido pela proteção constitucional. Goza, no entanto, da presunção de

⁷⁹ ADI 3510-DF, rel. Min. Ayres Brito, j. 29.05.2008, DJ 27.05.2010

⁸⁰ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 299

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 575

paternidade do inciso IV do artigo 1.597, da Codificação Civil, quando nos casos de concepção artificial homóloga.

2.5. A fertilização artificial *post mortem*

Como analisado anteriormente, o artigo 1.597, III e IV, do Código Civil, prevê que, na fecundação artificial homóloga, os filhos serão considerados concebidos na constância do casamento, mesmo após a morte do marido-doador do sêmen. O mesmo se aplica para os embriões excedentários, firmando a possibilidade de utilização de material genético após o falecimento do genitor.

Corroborando o entendimento, a Resolução CFM nº 2.121/2015 preconiza que a aplicação da técnica “é possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. Apesar de o legislador não ter feito referência, a doutrina e o próprio Conselho Federal de Medicina coincidem que a concordância do *de cuius* para utilizar o material biológico é necessária⁸².

Também o artigo 2º, §3º do Provimento n. 52 do CNJ preceitua que “nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados acima, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público”. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que, se o cônjuge ou companheiro sobrevivente vier a utilizar do embrião sem consentimento, embora não seja caso de incidência da presunção de paternidade, será caso de determinação biológica da filiação⁸³.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que pelo princípio do melhor interesse da criança, não seria a melhor opção privá-la do pai ou da mãe, pois a tornaria desigual em relação às outras pessoas desde o momento da concepção. Ele entende que não pode ser reconhecido, como regra, o acesso aos métodos artificiais de concepção às pessoas sozinhas⁸⁴.

Discordando dessa linha de pensamento, Maria Berenice Dias faz a seguinte consideração, avaliando que deva ser assegurado à criança engendrada o direito ao

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 577

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 577

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 784

reconhecimento da filiação:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. É impensável cercar esse direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter a técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a classe dos herdeiros necessários.⁸⁵

A controvérsia surge, pois nem sempre há autorização expressa para a manipulação. No entanto, se houve a preservação é porque o falecido tinha intenção de procriar e construir uma família, quando ainda era vivo. Se não houvesse o sonho de ter filhos, não teria motivo para deixar sêmen ou embriões congelados em uma clínica de reprodução assistida. O planejamento familiar deu-se quando vivos, podendo produzir efeitos após a morte. Nessa hipótese, seria o caso de legitimar os direitos da família monoparental, entidade familiar defendida pela Constituição Federal.

⁸⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 133

CAPÍTULO 3 - A POSSIBILIDADE DE CONFERIR LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA AOS EMBRIÕES INSEMINADOS ARTIFICIALMENTE *POST MORTEM*

3.1. A vocação hereditária e a legitimidade para suceder

A vocação hereditária trata das pessoas que possuem legitimidade para suceder na sucessão legítima e na testamentária. Os legitimados possuem aptidão para serem sucessores, herdeiros ou legatários do patrimônio do *de cuius*. Dispõe o Código Civil que devem ser pessoas nascidas ou ao menos concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, ao tempo da morte do titular dos bens. Trata-se do princípio da coexistência, em que o sucessor deve ter sobrevivido ao autor da herança e os concebidos devem nascer com vida.

Em relação aos concebidos no momento da abertura da sucessão e que ainda não nasceram, também denominados de *concepturos*, eles possuem o que se denomina de legitimidade condicional: são legitimados, mas para exercer seus direitos têm que nascer com vida. Basta que respirem uma única vez para serem titulares dos direitos. Se nascerem mortos, sua parte é transmitida para os demais herdeiros legítimos⁸⁶.

É importante salientar que como o momento de aferir a legitimidade sucessória é o tempo da morte do titular do direito, quaisquer modificações posteriores que ocorrerem serão irrelevantes, pois o direito é regido pelo tempo em que a sucessão foi aberta. Tanto é assim, que se alguém faleceu na vigência do Código Civil de 1916, e a abertura do inventário se prolongar para após a entrada em vigor da atual Lei Civilista, a sucessão se operará pelo Código Antigo. Frisa-se também que se o herdeiro morrer após aberta a sucessão, mas antes da partilha, o direito, que já foi adquirido, será transmitido aos seus próprios sucessores⁸⁷.

Quanto à legitimidade na sucessão legítima, ela é deferida na seguinte ordem, de acordo com o artigo 1.829, do Código:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 130

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 127

Cada inciso corresponde a uma classe de herdeiros: descendentes, ascendentes, cônjuge e parentes colaterais. Somente na hipótese de uma classe estar vazia (não ter qualquer herdeiro) é que são chamados os integrantes da classe seguinte. Em primeiro lugar estão os filhos, netos, bisnetos etc (linha reta descendente). Como é uma ordem excludente⁸⁸, os netos somente são convocados se não existirem filhos, assim como os bisnetos só herdam se não houver filhos nem netos, e assim sucessivamente.

Na segunda classe encontram-se os pais, avós e bisavós (linha reta ascendente), que somente sucedem caso não haja nenhum descendente. Assim, como ocorre com os herdeiros da primeira classe, os parentes mais distantes somente herdam se não existirem parentes vivos mais próximos⁸⁹. Por exemplo, o avô somente recebe a herança se os pais não estiverem vivos, assim também acontece com o bisavô se os avós ou os pais não existirem.

Em terceiro estão o cônjuge e o companheiro, únicos herdeiros cujo direito sucessório não decorre de vínculo de parentesco. Se houver herdeiros ascendentes ou descendentes em linha reta, eles não herdam. No entanto, têm direito a uma parte do patrimônio do *de cujus* a título de concorrência sucessória com os descendentes, a depender do regime de bens, ou com os ascendentes, seja qual for o regime adotado.

A concorrência do cônjuge ou do companheiro com os descendentes ocorre apenas no regime parcial de bens e no da participação final dos aquestos, e o cálculo é feito sobre os bens particulares do falecido. Cabe ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem e na hipótese de que todos os herdeiros sejam filhos seus e do morto, o artigo 1.832, Código Civil, garante que sua quota não seja inferior à quarta parte da herança.

Quando concorrem com os ascendentes, o regime de bens é irrelevante, sendo que o viúvo concorre sobre a totalidade da herança. Ele tem direito a um terço da herança, se concorrer com o pai e a mãe, ou a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau, por exemplo, se a concorrência ocorrer com avós, bisavós e assim por diante (artigo 1.837, Código Civil).

A quarta classe é formada somente pelos irmãos, sobrinhos, tios, sobrinhos-netos, tios-avós e primos. Os mais remotos, ainda que socialmente sejam assim chamados, não são parentes

⁸⁸ Art. 1.833, Código Civil: Entre os descendentes, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

⁸⁹ Art. 1836 § 1º, Código Civil: Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

para fins de legitimidade sucessória. Também é uma ordem excludente, pois o artigo 1.840, do Código Civil, prevê que “na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos”. Se não houver irmãos, herdarão os filhos destes (sobrinhos do *de cuius*) e, não os havendo, os tios, conforme artigo 1.843, do Código.

Por último, o artigo 1.844 prevê que na hipótese de ausência de herdeiros, ou no caso de todos renunciarem à herança, “esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

Quanto à legitimação por testamento, dispõe o artigo 1799, do Código Civil, que:

Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

II - as pessoas jurídicas;

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

O inciso I trata da prole eventual. É o filho que uma pessoa determinada pelo testador, e que deve estar viva no momento da abertura da sucessão, terá. É somente por testamento que pode o autor da herança deixar bens para uma pessoa que não se encontra viva nem concebida. No entanto, se a pessoa que teria o filho, falecer antes do testador, essa cláusula se torna ineficaz.

A lei exige que ao menos um dos pais seja especificado e estabelece um prazo de dois anos, contados da morte do testador, para que a criança seja concebida (artigo, 1.800, §4º, do Código Civil). Não ocorrendo a concepção e o nascimento no tempo designado, e não houver sido designado um substituto para herdar os bens, estes serão repassados para os herdeiros legítimos.

Os incisos II e III estabelecem a possibilidade de testar em favor de pessoas jurídicas. O segundo inciso estabelece que essa pessoa jurídica tenha que ser dotada de personalidade jurídica, podendo ser tanto de direito público quanto privado, interno ou externo. O terceiro é a destinação do patrimônio para a criação de uma fundação. Esta deve ser criada sem fins lucrativos e para exercer uma atividade de interesse coletivo.

Por último, o artigo 1.801 preceitua sobre as hipóteses de falta de legitimação, em que as pessoas listadas não podem ser herdeiras nem legatárias. São eles:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro,

ou os seus ascendentes e irmãos;
 II - as testemunhas do testamento;
 III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;
 IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

O artigo 1.802 prevê que as disposições testamentárias em favor dessas pessoas implicam na nulidade da cláusula testamentária, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.

3.2. A divergência doutrinária quanto à legitimidade sucessória dos embriões fecundados artificialmente

O silêncio da lei, que faz referência às técnicas de reprodução assistida somente quando fala das presunções de filiação, provoca muitas discussões doutrinárias sobre a legitimidade sucessória dos embriões concebidos em laboratório. Apesar da divergência e de ser um tema complexo, o posicionamento majoritário se inclina para o reconhecimento da vocação hereditária dos filhos concebidos artificialmente.

Francisco José Cahali⁹⁰, apresentando entendimento minoritário, defende que o embrião se encontra em uma posição jurídica diferente do nascituro e que não pode ser equiparado a este e nem ser tratado de forma equânime em relação aos direitos sucessórios. Assim também pensam Jones Figueiredo e Mário Luiz Delgado, como cita Flávio Tartuce⁹¹. Este inclusive era adepto até algum tempo a essa corrente, por pensar que o embrião somente poderia ser herdeiro por disposição testamentária.

A mudança de pensamento deste último doutrinador deveu-se por reconhecer uma personalidade civil plena, da mesma forma que acontece com o nascituro. O embrião possui personalidade jurídica formal (direitos à personalidade) e material (direitos patrimoniais), estando inclusive respaldado por ação que lhe garanta o direito à herança⁹². Sobre o tema, o Enunciado nº 267, do Conselho da Justiça Federal, de autoria de Guilherme Calmon de Nogueira Gama, prevê 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

⁹⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 41.

⁹¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 72

⁹² TARTUCE, Flávio. Idem, p. 72

hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança

Sedimentou-se, assim, a opinião dominante de que não se pode subtrair-lhes o direito à sucessão. Essa tese leva em consideração o princípio da igualdade substancial entre os filhos, a fim de que se evite a discriminação da filiação. A interpretação restritiva equivocada do supracitado artigo 1.798 e da expressão “já concebidos” levaria à conclusão precipitada de que não poderia ser-lhes garantido nenhum direito sucessório⁹³.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald fazem uma reflexão a partir do uso da técnica de interpretação conforme a Constituição, a qual busca interpretar as normas legais a fim de preservar a harmonia e a coerência constitucional. Para eles, estender o alcance dos direitos sucessórios ao embrião criopreservado mostra-se compatível com os ideais almejados pelo constituinte, quais sejam, evitar qualquer tratamento desigual e injustificado, garantir a inclusão e proteger a dignidade da pessoa humana⁹⁴.

O direito à reprodução, no contexto constitucional, é um direito fundamental, manifestação do princípio da liberdade em relação ao planejamento familiar. A infertilidade ou impossibilidade de conceber um novo ser deve ser reconhecida pelo Estado, o qual deve fornecer recursos educativos e científicos para exercê-lo. Sendo assim, as técnicas de procriação assistida surgiram exatamente para sanar problemas relacionados à saúde das pessoas envolvidas no processo, fazendo jus à proteção das leis⁹⁵.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama faz, no entanto, constata que:

A prole proporciona o desenvolvimento da família e sua continuidade, inclusive para fins de amparar os pais quando estiverem em idade mais avançada, nos termos dos artigos 229 e 230, da Constituição de 1988. Em termos ideais, é imperativo que a legislação brasileira a ser editada a respeito das técnicas de reprodução assistida observe, estritamente, o disposto nos artigos 226, caput e §7º e 227, caput e §5º, ambos da Constituição de 1988 e, nesse sentido inclua a condição da existência de projeto parental que permita reconhecer, no âmbito do direito à reprodução, a possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida.⁹⁶

Para o autor, qualquer norma editada que venha a estabelecer a inexistência de direito

⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: sucessões, volume 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 82

⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Idem, p. 83

⁹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 711

⁹⁶ GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da, Idem, p. 715-716

sucessório em desfavor do filho havido por essa técnica deve ser declarada inconstitucional. O embrião laboratorial que venha a ser implantado e nasça com vida não pode ser privado, sob pena de afrontar a igualdade jurídica garantida pela Constituição e pelo Código Civil. Deve ser criada, no entanto, lei que regulamente o tema, assegurando os reflexos em relação à sucessão e condicionando seu uso a um planejamento que garanta o crescimento sadio da criança⁹⁷.

3.3. A divergência doutrinária na legitimidade sucessória dos embriões inseminados artificialmente após a morte do genitor

Os avanços científicos possibilitaram que o sêmen, o embrião e o óvulo fossem armazenados por meio de técnicas de resfriamento e congelamento. Isso possibilita que, mesmo após a morte da pessoa, seu material genético fornecido e criopreservado seja utilizado na reprodução artificialmente assistida. Neste caso, o falecido será considerado o genitor e isso trará efeitos em relação aos outros filhos gerados e nascidos enquanto aquele ainda vivia, e aos outros legitimados na sucessão.

Em relação à legitimidade para suceder dos embriões concebidos em laboratório, apenas após a morte do genitor, surgem na doutrina posicionamentos díspares. Alguns advogam que, partindo do princípio da igualdade entre os filhos, devem ser-lhes reconhecidos amplos direitos, inclusive sucessórios, enquanto outros defendem que, uma vez que não existiam ao tempo da abertura da sucessão, não tem direito a figurar entre os habilitados a receber seu quinhão da herança.

Entre os que não são favoráveis, encontra-se José de Oliveira Ascensão, o qual pondera que:

Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações nuca seria praticamente possível a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada.⁹⁸

A indefinição quanto à partilha definitiva dos bens gera insegurança jurídica, pois os beneficiados estariam sujeitos a mudanças radicais em relação ao valor de seus quinhões. No entanto, não se pode privar um herdeiro legítimo de ter acesso ao que lhe cabe por direito. Ao

⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 715

⁹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Sucessões. 5.ed. Coimbra: 2000, p; 128

caso concreto, devem ser ponderados todos os interesses para que sejam minimizados os prejuízos. Cabe aos legisladores resolverem essa celeuma, que poderia ser sanada se fosse ao menos definido um prazo em que poderia ser utilizado o embrião criopreservado⁹⁹.

Outro ponto de vista contrário é de Mônica Aguiar, ao argumentar que:

A procriação resultante de um desejo unilateral foge à bilateralidade que caracteriza o autêntico projeto parental e, pois, não pode provocar efeitos em relação a quem não se manifestou, ao tempo da inseminação artificial, pela assunção desse desiderato. À realização da inseminação precede a regular emissão de vontade de ambos os cônjuges e companheiros. Formam eles, entretanto, uma única parte, em relação à qual cada uma das declarações singulares de vontade não tem autonomia para gerar a filiação relativamente ao outro e, somente assume relevância jurídica, quando unidas as duas em uma manifestação única. Pela teoria da vontade procriacional, há que se concluir ser possível reconhecer apenas a filiação a *matre*, afastada, de plano, a presunção prevista no inciso referido, por se tratar de norma inconstitucional, uma vez que violadora do comando expresso no art. 5º, I, da Constituição Federal, embora seja de lamentar a opção por uma orfandade arbitrariamente provocada.¹⁰⁰

Para a referida autora, seria impossível reconhecer a legitimidade sucessória do embrião, pois a concepção não havia sido efetivada antes da morte do *de cuius*. A partir de uma interpretação literal do Código Civil, considera-se que são legitimados a suceder tão-somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Não são considerados os filhos inseminados e havidos após esse evento, e os avanços científicos que possibilitaram o uso dessas técnicas e que criaram um novo cenário em relação à filiação.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama pondera que a presença paterna e materna é fundamental para a formação da personalidade da criança. No entanto, não é só a presença física que importa, podendo as funções de pai e de mãe serem exercidas por um tio ou tia, um avô ou avó, ou outras pessoas. Não se pode negar a uma pessoa sozinha ter um projeto de parentalidade que atenda aos interesses da criança e que esteja associado aos princípios da paternidade responsável e da dignidade da futura pessoa humana¹⁰¹.

A professora Maria Helena Diniz defende a possibilidade de conferir legitimidade aos embriões fertilizados em laboratório. No entanto, não em relação à Sucessão Legítima, somente

⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129

¹⁰⁰ AGUIAR, Mônica. Direito à filiação e boética. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 119

¹⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 721-722

na Testamentária:

Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu pai genético, e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga *post mortem* (LICC, arts. 4º e 5º).¹⁰²

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, com uma opinião diferente sobre o possível direito dos embriões, entende que, apesar de poder ser estabelecida a paternidade, a criança gerada *post mortem* não poderá pleitear sua parte da deixa. O autor sugere que o filho busque a reparação dos danos materiais que sofrer em face de sua mãe e dos profissionais que realizaram o procedimento da reprodução assistida com o material do cônjuge ou companheiro falecido. Ele acredita que apesar de o Código falar da presunção de filiação em relação aos métodos de procriação artificial, ele não resolve a desigualdade que existe em relação aos direitos de suceder legitimamente¹⁰³.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem que a legitimação dos embriões somente se observa se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor. Para eles, não há diferença entre a fecundação uterina e a laboratorial, fazendo jus aos direitos sucessórios por força de lei, nos termos do artigo 1.798 do Código Civil. No entanto, se se tratar apenas de sêmen congelado, sem que tenha havido a fecundação, não devem ser garantidas as mesmas prerrogativas à vida que surja desse procedimento.

Os autores entendem que, pelo princípio da isonomia, essas situações são completamente diferentes, não merecendo o mesmo tratamento jurídico. Estar-se-ia diante de um caso de uma pessoa que seria filha de outra pessoa falecida, mas que não seria sua herdeira legítima, e ela somente poderia ser beneficiada através de testamento deixado por seu pai ou mãe em favor de sua prole eventual, nos moldes do artigo 1.800, §4º,¹⁰⁴ do Código¹⁰⁵.

Ambos doutrinadores acreditam que não existe empecilho temporal para que o filho havido por intermédio da fertilização assistida reclame sua herança. Isso porque o embrião

¹⁰²DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4.ed. rev. e atual. Conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 480

¹⁰³GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito civil: família. São Paulo: Atlas, 2008, p. 370

¹⁰⁴ Art. 1.800, § 4º, Código Civil: Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Curso de direito civil: sucessões, volume 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83

concebido deverá ser implantado no útero no tempo máximo de três anos. O artigo 5º, da Lei de Biossegurança prevê que após esse lapso, ele deve ser implantado para fins reprodutivos. Se nascido com vida, terá o prazo prescricional de dez anos para propor ação de petição de herança e reclamar seus direitos. Não obstante, se não ocorrer a implantação, ele será descartado e encaminhado para pesquisas com células-tronco¹⁰⁶.

Os autores citam o posicionamento de Cristiano Colombo sobre a temática, ao seu ver inédito e que sugere debates:

Em posição inédita, que desperta reflexões, Cristiano Colombo advoga o reconhecimento do direito à herança no caso de fertilização artificial *in vivo post mortem*, com material genético do falecido, se houve prévio consentimento de uso do sêmen após o óbito. Sustenta que, havendo autorização prévia do marido, “presume-se que a concepção deu-se na ‘constância do casamento’” e, por isso, “há que se presumir fictamente e, para todos os efeitos legais, que a concepção ocorreu quando o pai ainda se encontrava vivo”. Somente não haveria direito hereditário em relação ao pai se a fertilização ocorreu com a oposição do genitor, manifestada ainda vivo. Nesse caso, propõe que o filho “somente terá vínculo parental com a mãe, não tendo direitos sucessórios em relação ao falecido”.¹⁰⁷

O posicionamento doutrinário dominante, conforme leciona Maria Berenice Dias, vem se inclinando para ser reconhecido o vínculo sucessório apenas se a implantação ocorre antes da abertura da sucessão, apesar de não ser uma tendência unânime. Para ela, não se pode menosprezar o princípio da igualdade de filiação, pois se a lei determina a transmissão de bens aos herdeiros, mesmo que não nascidos e até às pessoas ainda não concebidas, nada parece justificar excluir o direito à herança legítima por ter sido concebido após a morte¹⁰⁸.

Essa parece ser a solução mais adequada para o caso, preservando os direitos de quem ainda vai nascer e que foi desejado enquanto ainda viviam ambos pai e mãe. No entanto, em relação ao consentimento expresso, esse não parece ser essencial para a garantia dos direitos. O ato de preservação de sêmen ou óvulo anuncia o desejo de constituir um projeto de parentalidade. Se não houvesse a intenção de procriação, não teria sentido congelar o material biológico. Seria uma espécie de consentimento tácito e que decorreria logicamente da ação de querer preservar para garantir a concepção de filhos em um futuro¹⁰⁹.

A normatização não deve se ater tão-somente às pessoas vivas ou concebidas, mas

¹⁰⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Curso de direito civil: sucessões, volume 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 84

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 84

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 132-133

¹⁰⁹ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 132

também aos filhos havidos pelo desejo do genitor e pelo uso das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*. A igualdade substancial entre os filhos deve prevalecer em qualquer hipótese de conflito. Maria Berenice Dias afirma que:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. É impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na **concepção homóloga**, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a classe dos herdeiros necessários.¹¹⁰

Em sua visão, não se pode admitir que apenas com testamento que o filho concebido nessas condições teria direito a participar da partilha do patrimônio do *de cuius*. A morte do genitor não pode excluir o vínculo de filiação que foi firmado em vida. E em relação à fertilização heteróloga, se havia expressa concordância com o procedimento, mesmo que sem explícita manifestação quanto à realização da inseminação após a morte, não se pode negar que a intenção de ter um filho foi demonstrada a seu tempo, e que há de se assegurar seus efeitos em relação à filiação e à sucessão¹¹¹.

Há, ainda, uma inclinação em estabelecer o prazo de dois anos para que o material seja utilizado e que ocorra a concepção. Seria uma analogia à prole eventual na sucessão testamentária, a qual é tratada no artigo 1.800, §4º, do Código Civil. No entanto, essa limitação representa uma discriminação em relação à criança concebida após a morte de seu pai ou mãe. A tentativa de garantir a segurança jurídica da partilha dos bens aos demais herdeiros não deve predominar sobre o direito do filho que virá a nascer, ainda que alguns anos depois¹¹².

Importante frisar que a legislação civil não estabelece limite para o reconhecimento do estado filiatório por intermédio de ação de investigação de paternidade, mas no caso da ação de petição de herança, esta prescreve somente após o período de dez anos (Súmula 149, do STF). A aplicação analógica de um dispositivo com prazo inferior aos citados poderia gerar sérios prejuízos de ordem filiatória e sucessória¹¹³.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 133

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 133

¹¹² DIAS, Maria Berenice. Ibidem, p. 134

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. Ibidem, p. 134

3.4. Os posicionamentos dos tribunais

Os tribunais brasileiros vêm aos poucos julgando os casos de reprodução assistida após a morte do genitor. As ações que envolvem o tema são muito recentes no Brasil, mas paulatinamente a falta de legislação existente no ordenamento jurídico vai gerando discussões antagônicas acerca da problemática que envolve a reprodução *post mortem* e expressando a necessidade dos tribunais brasileiros se pronunciarem nas situações concretas.

Um caso noticiado nas mídias em relação à inseminação artificial com material biológico do genitor após sua morte ocorreu em Curitiba, Paraná, em 2010¹¹⁴. Em 2008, o casal Kátia Lernerneier e Roberto Jefferson Niels procurou uma clínica de reprodução humana para congelar o sêmen do marido para poder utilizá-lo posteriormente em um procedimento de fertilização assistida. Ocorre que em fevereiro de 2009, após tentativas de engravidar, foi descoberto que Roberto tinha um tipo agressivo de câncer de pele, vindo a falecer no mesmo ano após complicações com o tratamento.

Como a esposa ainda desejava ter o filho e não possuía autorização escrita do marido falecido para utilizar o material que havia sido congelado, a clínica se negou a realizar o procedimento. O Conselho Regional de Medicina do Estado também se posicionou contra a realização da inseminação. Com a negativa, ela entrou na justiça e obteve da 13ª Vara Cível de Curitiba uma liminar, em maio de 2010, para poder ser inseminada. Engravidou em setembro do mesmo ano e sua filha, Luíza Roberta, nasceu em junho de 2011.

Apesar dessa decisão favorável ao caso, o que se observa na jurisprudência é a tendência de admitir a manipulação da matéria criopreservada e a fertilização *post mortem* somente se o falecido consentiu expressamente com o processo. É o que se verifica no acórdão nº 820873 em sede de apelação à 3ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

Ementa. Ação de conhecimento - utilização de material genético criopreservado post mortem sem autorização expressa do doador - agravo retido não conhecido - preliminar de litisconsórcio necessário afastada - mérito - ausência de disposição legal expressa sobre a matéria - impossibilidade de se presumir o consentimento do de cujus para a utilização da inseminação artificial homóloga post mortem. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, § 1º, do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor. 3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para

¹¹⁴ Disponível em <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html> > Acesso em 15 de outubro de 2017

a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. Apelação 20080111493002APC. 4. Recurso conhecido e provido.¹¹⁵

O voto vencedor, por não haver dispositivo legal que regulamente a utilização do material genético, principalmente após a morte do genitor, entendeu que a presunção de que o falecido havia consentido com o procedimento violaria o princípio da autonomia da vontade. Em outro giro, o voto vencido consignou que se houve a realização de coleta e armazenagem de sêmen é porque o casal pretendia ter filhos mediante inseminação artificial, o que caracterizaria a autorização implícita do *de cuius*.

A jurisprudência, apesar dos poucos casos levados aos tribunais, também diverge em suas decisões, o que demonstra que a falta de regulamentação legal leva à insegurança jurídica. A complexidade e a novidade que envolvem o tema da reprodução humana assistida são tidos como empecilhos para encontrar soluções e regras jurídicas a respeito da temática.

3.5. O direito à petição de herança

Dispõe o artigo 1.824, do Código Civil: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”. Sobre a referida demanda, Maria Berenice Dias leciona que:

Quando da abertura da sucessão, ocorre a imediata transferência de bens aos herdeiros (CC 1.784). É o princípio da *saisine*. No entanto, há a possibilidade de a herança cair em mãos de quem não detém a condição de herdeiro. Quem é herdeiro, ou assim se considera, pode buscar o reconhecimento do seu direito e a restituição dos bens. A saída é a via judicial: ação de petição de herança.¹¹⁶

O Código de 2002 veio a suprir a lacuna que existia na legislação anterior, que não dispunha de dispositivos que versassem sobre a matéria. Por motivos diversos, pode ocorrer que a herança esteja sendo transmitida indevidamente para quem não possui o título sucessório, ou para os que o possuem, mas deixando de fora outrem que também possua legitimidade para suceder. Nestes casos, faz-se necessário reivindicar o reconhecimento da qualidade de herdeiro

¹¹⁵Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC, Relatora: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014. Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág. 139

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 647

e reclamar de terceiros a restituição da herança, seja a sua universalidade ou a quota-parte¹¹⁷.

Por essa razão, ela é uma ação com caráter dúplice: declaratório, pois visa à declaração judicial de inclusão de um herdeiro na deixa mesmo após a partilha; e condenatório, pois obriga os demais a restituir, com seus rendimentos e acessórios, a parte que não lhes era devida. Os efeitos da sentença são retroativos à data em que foi aberta a sucessão. E o foro competente para julgar a demanda é o do domicílio dos réus, e, se este for incerto, de onde se encontrarem os bens ou do lugar do óbito, se neles havia patrimônio do espólio¹¹⁸.

A natureza jurídica da ação de petição de herança é de uma ação real imobiliária pelo fato de o acervo hereditário ser considerado por força de lei (art. 80, II, Código Civil)¹¹⁹ como uma coisa imóvel. Ela também é chamada de universal, pois a pretensão não se resume à devolução de coisas especificadas, mas de toda uma universalidade de bens e direitos transmitidos pelo falecido¹²⁰.

Em relação à legitimidade para a *petitio hereditatis*, os legitimados ativos, ou seja, quem figurará como demandante, são aqueles que afirmam serem herdeiros ou coerdeiros, e pretendem ter reconhecida sua qualidade sucessória. Maria Berenice Dias defende que o filho resultante das técnicas de reprodução assistida *post mortem* pode fazer uso da ação para ter seus direitos garantidos. No polo passivo, na figura de réus, encontram-se as pessoas que estiverem indevidamente na posse dos bens transmitidos pelo *de cuius* ou quem recebeu um quinhão maior do que tinha direito¹²¹.

A referida ação deve ser exercida em determinado período, sob pena de perda da prerrogativa de ver reparado o direito subjetivo à massa hereditária. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a prescritibilidade da petição, em entendimento sumulado. A súmula 149 assim dispõe: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

No entanto, a falta de previsão legal fez surgir na doutrina e na jurisprudência a dúvida

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Curso de direito civil: sucessões, volume 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182-183

¹¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Idem, p. 184-185

¹¹⁹ Art. 80, II, Código Civil: Consideram-se imóveis para os efeitos legais: [...] II - o direito à sucessão aberta.

¹²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Ibidem, p. 186

¹²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 649-651

de qual seria o limite para a propositura do pedido¹²². Com o advento do Código Civil vigente, o prazo passou a ser de dez anos, conforme artigo 205¹²³. Em relação à contagem, o entendimento majoritário entende que ele será computado a partir da data da abertura da sucessão¹²⁴.

Esclarece-se que, no caso dos absolutamente incapazes, não corre a prescrição. É o que dispõe o artigo 198, cumulado com o 3º, da Lei Civil, que prevê que não corre a prescrição contra os menores de dezesseis anos. Sendo assim, o prazo prescricional contra os filhos recém havidos, inclusive pela técnica de reprodução assistida, somente passaria a contar a partir do momento em que completassem a maioridade.

Sendo assim, se reconhecida a legitimidade para suceder do embrião fertilizado após a morte do genitor, terá ele o direito de pleitear por sua parte na herança. Para isso, a legislação prevê essa ação específica para obter provimento judicial favorável em uma possível demanda.

3.6. Os projetos de lei para regulamentar o uso das técnicas de reprodução humana assistida

Devido à falta de regulamentação específica sobre as hipóteses de utilização das técnicas de reprodução assistida e seus reflexos nas relações jurídicas, vários projetos de lei tramitam no Congresso Nacional, considerando que a competência para legislar sobre direito civil é privativa da União¹²⁵. Em se tratando dos aspectos civis, estes devem ser regulados em conformidade com os outros modelos de filiação, para que seja assegurada a unidade do sistema jurídico e a prevalência dos princípios constitucionais que regem as relações familiares. Guilherme Calmon Nogueira da Gama observa que:

A Constituição Federal, ao estatuir imperativamente o princípio da igualdade entre os filhos, inclusive em direitos e qualificações, impôs comando a todos – inclusive ao próprio Poder Público – de respeitar e promover o bem de todos os filhos, independentemente de suas origens, matrimonial ou extramatrimonial, natural ou civil –, sem a possibilidade destes sofrerem qualquer tipo de tratamento discriminatório, no sentido negativo. Por óbvio que não existe um único modelo de parentalidade-filiação, como foi analisado durante todo o trabalho, mas é dever de todos – inclusive do Poder Legislativo – observar e promover a igualdade material dos filhos em direitos e

¹²² DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 652-653

¹²³ Art. 205, Código Civil: A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

¹²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Curso de direito civil: sucessões, volume 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 190-193

¹²⁵ Art. 22, Constituição Federal: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

qualificações.¹²⁶

Tendo em mente toda essa problemática, serão trazidos à baila dois projetos de lei. Um deles, o 115/2015, propõe-se a regular a aplicação e utilização das referidas técnicas e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais, e o outro, 7591/2017, destina-se a conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a morte de seu genitor ou genitora.

Assim, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 115/2015 (anexo 1), de autoria do Deputado Federal Juscelino Rezende Filho, do PRP do Maranhão. Traz em seu bojo as práticas vedadas relacionadas à fecundação artificial, os princípios aplicáveis, as hipóteses em que se indica sua utilização, os requisitos para ser doador de gametas, a permissão e as condições para a cessão temporária do útero, também chamada gestação por substituição ou barriga de aluguel.

Também estão presentes itens que cuidam da criopreservação do material genético, da reprodução assistida *post mortem*, dos direitos e deveres dos médicos e dos pacientes, da presunção de filiação, das ações de investigação de vínculo biológico e negatório de paternidade, dos direitos patrimoniais e pessoas das pessoas concebidas, das infrações criminais e suas penalidades, dentre outros assuntos.

Ao tratar da reprodução artificial após a morte do genitor ou da genitora, o projeto prevê que ela somente pode ocorrer se a pessoa que morreu e preservou seu material biológico manifestou previamente e por escrito seu consentimento para sua utilização¹²⁷. Também prevê que a autorização ou concordância de todos os familiares para sua realização não supre a falta de anuência do falecido, não sendo permitida nesses casos¹²⁸.

Garantem-se os mesmos direitos e deveres que os filhos concebidos naturalmente, em conformidade com o princípio da igualdade de filiação¹²⁹. No entanto, em relação ao direito

¹²⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 963

¹²⁷Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião; II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

¹²⁸Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.

¹²⁹Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos

sucessório, este somente será assegurado se a gravidez ocorrer até três anos após a abertura da sucessão¹³⁰. No caso de haver autorização expressa para realizar a fecundação, será aberta sucessão provisória até que transcorra o referido prazo em que deva ser constatada a gestação, procedendo posteriormente à sucessão definitiva¹³¹.

Em relação aos filhos eventualmente havidos após o referido período de três anos, o projeto de lei não exclui o direito de petição de herança desses herdeiros¹³². Isso significa que feito o inventário e a partilha definitiva, a pessoa terá dez anos para pleitear seu reconhecimento como legitimado para suceder e reclamar dos outros herdeiros seu quinhão hereditário.

O outro projeto de lei tramita também na Câmara com o nº 7591/2017 (anexo 2) e é do Deputado Carlos Bezerra do PMDB de Mato Grosso. Ele pretende acrescentar um parágrafo único ao artigo 1.798 do Código Civil trazendo a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida”. No entanto, não estabelece nenhum prazo para realizar a inseminação, nem como proceder em relação à partilha dos bens enquanto perdura a situação de espera até a concepção e nascimento com vida, por exemplo.

Na exposição dos motivos, o parlamentar justifica a necessidade da medida devido à evolução das ciências médicas e às lacunas na legislação sobre o tema. Atualmente são as resoluções do Conselho Federal de Medicina que regem a matéria, no entanto restringem-se a estabelecer diretrizes procedimentais aos profissionais da Medicina e aos que se submetem aos métodos de procriação artificial e a fixar limites éticos em seu uso, como exposto anteriormente.

Por fim, ele critica os projetos de lei, inclusive o de nº 115/2015, que asseguram direitos sucessórios apenas nos casos em que a gravidez se inicie em até três anos da abertura da sucessão. Para ele, não pode o legislador ou o aplicador da lei se valer de critérios para promover distinções e desrespeitar o princípio da igualdade entre os filhos.

direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

¹³⁰ Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

¹³¹ Art. 59, § 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

¹³² Art. 59, § 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

CONCLUSÃO

A técnica de reprodução medicamente assistida surgiu para possibilitar a concepção de um filho por pessoas que não lograram fazê-la pela forma natural. Foi um grande avanço das ciências médicas, por meio da preservação de material genético em laboratório e até da realização do procedimento da fecundação mesmo após a morte de um dos genitores. Essa inovação também impactou o campo jurídico que cada dia mais necessita se voltar para a regulamentação dos efeitos que os referidos métodos reprodutivos não tradicionais trouxeram em relação ao Direito de Família e das Sucessões.

Esse impacto não foi previsto pelo Código Civil, que apenas ocupou-se das hipóteses em que haveria presunção de paternidade de uma pessoa nascida por meio dessa técnica, nada falando sobre os direitos sucessórios dos embriões *in vitro*, inclusive dos que foram concebidos após a morte do genitor. Neste sentido, a elaboração de leis faz-se necessária para terminar com a celeuma existente tanto na doutrina como na jurisprudência, visto que alguns reconhecem a legitimação sucessória e outros não.

Atualmente existe a Lei de Biossegurança que adentrou na temática da reprodução assistida, mas não a ponto de regulamentar as consequências jurídicas que a utilização desse método poderia trazer em relação à sucessão. Também a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre o assunto exigindo a manifestação expressa para armazenar e criopreservar material genético e possibilita a inseminação para depois da morte. Entretanto, não possui o condão de interferir na partilha de uma herança, devido à competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil

Por essa razão, desde antes da entrada em vigor do Código de 2002, observa-se a tentativa dos parlamentares em criarem leis para instituir um regulamento sobre a procriação artificial. No entanto, vários são os projetos de lei que já passaram tanto pela Câmara dos Deputados como pelo Senado Federal, mas que não obtiveram êxito ou que estão pendentes de apreciação e aprovação pelas referidas Casas Legislativas.

Nota-se que a tendência é a de estabelecer um prazo para que ocorra a concepção e o nascimento com vida para se garantir os direitos sucessórios. Operaria dessa forma uma sucessão provisória com a partilha dos quinhões hereditários correspondentes a cada herdeiro. Se no período estabelecido não for concebido o filho, a sucessão se converteria em definitiva e a parte reservada seria acrescida ao patrimônio dos demais legitimados. Todavia, há divergência

em determinar se o prazo seria o de dez anos da petição de herança, o de dois anos como para a prole eventual da sucessão testamentária ou outro intermediário.

O embrião laboratorial fecundado *post mortem* merece proteção. O princípio do livre planejamento familiar deve ser respeitado, na medida que a vontade de gerar um filho é manifestada quando se consente com a preservação do material biológico. Não garantir direito sucessório afronta os princípios constitucionais da igualdade substancial entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. 292p.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002. 1p.

BRASIL, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília, 28 de março de 2005. 1p.

BRASIL, LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília, 15 de janeiro de 1996. 561p.

AGUIAR, Mônica. Direito à filiação e boética. Rio de Janeiro: Forense, 2005

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Sucessões. 5.ed. Coimbra: 2000

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 3.ed. São Paulo: RT, 2007,

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.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Manual de direito das famílias. 11.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 4.ed. rev. e atual. Conforme a Lei n. 11.105/20. São Paulo: Saraiva, 2007

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Curso de direito civil: parte geral, volume 1. 7.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Curso de direito civil: sucessões, volume 7. São Paulo: Atlas, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 7: direito das sucessões. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil: direito de família. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. VI. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). Tratado de Direito de Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: Direito de Família. 12.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Manual de Direito Civil: volume único. – 7.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro:

Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil, v. 6: Direito das Sucessões. 10.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/2817584/10%C2%BA+Relat%C3%B3rio+do+Sistema+Nacional+de+Produ%C3%A7%C3%A3o+de+Embri%C3%B5es+-+SisEmbrio/1121df4c-ab05-47e9-bae0-8dc283f36fbc>> Acesso em 15 de outubro de 2017

KANIAK, Thaís. Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto. Disponível em <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html> > Acesso em 15 de outubro de 2017

ANEXO 1 – PROJETO DE LEI Nº 115/2015

PROJETO DE LEI Nº 115, DE 2015

(do Sr. Juscelino Rezende Filho)

Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O Congresso Nacional decreta:

Título I Disposições

Gerais

Capítulo I – Do Objeto

Art. 1º - Esta Lei institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Art. 2º - Reprodução Humana Assistida é aquela que decorre do emprego de técnicas médicas cientificamente aceitas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez.

Art. 3º As técnicas de Reprodução Humana Assistida que apresentam a acreditação científica relacionada no artigo anterior são:

I – Inseminação Artificial;

II – Fertilização *in vitro*;

III – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide;

IV – Transferência de embriões, gametas ou zigotos;

§ 1º As técnicas acima elencadas não excluem outras que objetivem a facilitação da reprodução humana, desde que não contrariem normas éticas e diretrizes do Conselho Federal de Medicina.

§ 2º Dá-se o nome de homóloga à técnica que emprega material genético dos próprios genitores para a concepção. Tem a nomenclatura de heteróloga a técnica que utiliza o material genético de pelo menos um terceiro, seja óvulo ou espermatozoide. **Art. 4º** O Diagnóstico pré-implantacional de embriões tem como objetivo avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves a fim de tratá-las ou impedir sua transmissão.

§ 1º O Diagnóstico pré-implantacional e toda e qualquer intervenção sobre embriões *in vitro* somente serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal ou pessoa que se submete às técnicas reprodutivas.

§ 2º Os procedimentos diagnósticos dirigidos a avaliar a capacidade reprodutiva e a viabilidade da fertilização e/ou implantação que envolvam manipulação de gametas ou embriões são submetidos às disposições deste Estatuto.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias.

Art. 5º As técnicas de Reprodução Humana têm caráter subsidiário e serão utilizadas apenas em caso de diagnóstico médico indicando o tratamento a fim de remediar a infertilidade ou esterilidade.

Parágrafo único. As técnicas médicas de tratamento reprodutivo também poderão ser aplicadas para evitar a transmissão à criança de doença considerada grave.

Capítulo II – Das Práticas Vedadas

Art. 6º Os médicos não podem fazer uso das técnicas reprodutivas para os seguintes objetivos:

- I – Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não o da procriação humana;
- II - Criar seres humanos geneticamente modificados;
- III – Criar embriões para investigação de qualquer natureza;
- IV – Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;
- V – Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

§ 1º A escolha de qualquer característica biológica do futuro filho será excepcionalmente permitida para evitar doenças ligadas ao sexo daquele que virá a nascer.

§ 2º Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

§ 3º É vedada a prática de “Confusão na Inseminação ou Fertilização Artificiais” na qual são misturados o material genético de um dos pretensos genitores e o material genético de doador para suscitar dúvida quanto à origem biológica do ser concebido.

Capítulo III – Da Proteção Principiológica

Art. 7º A aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução humana obedecerão aos seguintes princípios:

- I – Respeito à vida humana;
- II - Serenidade Familiar;
- III – Igualdade;
- IV – Dignidade da pessoa humana;
- V - Superior interesse do menor;
- VI – Paternidade responsável;
- VII – Liberdade de planejamento familiar;
- VIII – Proteção integral da família;
- IX – Autonomia da vontade;
- X – Boa-fé objetiva;
- XI – Transparência;
- XII – Subsidiariedade.

Art. 8º O tratamento será indicado quando houver possibilidade razoável de êxito, não representar risco grave para a saúde física ou psíquica dos envolvidos, incluindo a descendência, e desde que haja prévia aceitação livre e consciente de sua aplicação por parte

dos envolvidos que deverão ser anterior e devidamente informados de sua possibilidade de êxito, assim como seus riscos e condições de aplicação.

Capítulo IV – Da Doação de Gametas

Art. 9º É lícita a doação de sêmen ou gametas sem fins lucrativos ou comerciais.

Art. 10. O doador deve ser maior de 18 anos, capaz e concordar expressamente com a doação, após ser informado sobre o destino de seu material e as implicações de seu ato.

Art. 11. O doador deverá concordar em se submeter a uma avaliação médico- laboratorial incluindo testes para doenças infectocontagiosas e repeti-los, num prazo nunca inferior a seis meses, após a última coleta, para a liberação do material doado.

Parágrafo único. Em caso de resultado positivo para alguma doença infectocontagiosa, o material será descartado e o Banco de Células e Tecidos Germinativos deverá comunicar imediatamente o fato ao doador e encaminhá-lo a um serviço de assistência especializada.

Art. 12. O sêmen ou oócito doado somente será liberado para a utilização após a repetição dos exames com resultados negativos para quaisquer doenças.

Art. 13. Todas as informações relativas a doadores e receptores devem ser coletadas, tratadas e guardadas no mais estrito sigilo, não podendo ser facilitada, nem divulgada informação que permita a identificação civil do doador ou receptor.

Art. 14. É assegurado às autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros médicos para fins de inspeção e investigação, incumbindo-lhes observar rigorosamente o dever de sigilo.

Art. 15. Caberá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária dispor sobre os exames que deverão ser realizados pelos eventuais doadores, bem como sobre quais são as características que impedirão a doação.

Art. 16. A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico responsável pelo tratamento e deverá garantir, sempre que possível, que o doador tenha semelhança fenotípica, imunológica e a máxima compatibilidade com os receptores.

Art. 17. Cada doador poderá ter seu material utilizado em uma única gestação de criança no Estado da localização da unidade.

§ 1º O registro do nascimento de criança com material genético doado será enviado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões para que disponibilize a informação a todos os Bancos de Células e Tecidos Germinativos, a fim de impedir nova fertilização ou inseminação com o mesmo material no Estado em que já foi utilizado.

§ 2º Para garantir que duas gestações não aconteçam simultaneamente com o material de um mesmo doador, a unidade médica, antes de realizar o procedimento de reprodução assistida, consultará o SisEmbrio e comunicará a escolha do gameta selecionado, a fim de obter a autorização para o uso do material genético doado em procedimento médico indicado.

Art. 18. O SisEmbrio manterá arquivo atualizado, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Ofícios de Registro Civil de Pessoas Naturais em razão de verificação de impedimentos em processo de habilitação para casamento.

Parágrafo único. O arquivo das informações acima descritas é perene.

Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Parágrafo único. O mesmo direito é garantido ao doador em caso de risco para sua vida, saúde ou, a critério do juiz, por outro motivo relevante.

Art. 20. Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham, participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida.

Capítulo V – Da Cessão Temporária de Útero

Art. 21. A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento.

Art. 22. A cessão temporária de útero não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica à mulher que cede seu útero à gestação.

Art. 23. A cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º. Grau.

Parágrafo único. Excepcionalmente e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina.

Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Parágrafo único. São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.

Art. 25. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Art. 26. Para que seja lavrado o assento de nascimento da criança nascida em gestação de substituição, será levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais o pacto de substituição homologado, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado.

Capítulo VI – Da Criopreservação de Gametas ou Embriões

Art. 27. É permitido o congelamento de óvulos e espermatozoides pelas Clínicas, centros médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Art. 28. É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.

Art. 29. O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:

I – até dois embriões, em mulheres com até 35 anos;

II – até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;

III – até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.

Art. 30. Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não se transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.

Art. 31. No momento da criopreservação, a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva, juntamente com seu cônjuge ou companheiro, deve expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de rompimento da sociedade conjugal, união estável, doença grave ou falecimento de um deles ou ambos ou em virtude de desistência, por qualquer motivo, do tratamento proposto.

Art. 32. Os destinos possíveis a serem dados aos embriões criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a adoção ou envio para pesquisa científica.

§ 1º Caso a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva seja casada ou viva em união estável, obrigatoriamente a escolha do destino do embrião deverá ser tomada em conjunto pelo casal.

§ 2º As pessoas que tem embriões criopreservados na data de entrada em vigor deste Estatuto terão o prazo de 1 (um) ano, contado a partir da vigência desta Lei, para cumprirem integralmente o disposto no artigo 31, se já não o fizeram. **Art. 33.** Os embriões não serão, em qualquer hipótese, descartados.

Art. 34. A adoção de embriões seguirá as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couberem e não contrariarem o presente Estatuto.

Parágrafo único. Para atender os fins propostos neste artigo, será criado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrada em vigor desta lei, pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida, um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões.

Capítulo VII – Reprodução Assistida *Post Mortem*

Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação

específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.

Capítulo VIII - Consentimento Informado e Manifestação Conjugal

Art. 37. Para todo e qualquer procedimento de reprodução assistida é necessária assinatura de todos os envolvidos no termo de consentimento informado que será apresentado pelo médico responsável pelo tratamento.

Art. 38. A assinatura do termo será precedida de todas as informações necessárias para propiciar o esclarecimento necessário para garantir a liberdade de escolha de adesão ou não ao tratamento e quanto à opção por qualquer das técnicas médicas indicadas.

Parágrafo único. As informações quanto aos riscos conhecidos do procedimento de reprodução assistida escolhido serão fornecidas por escrito, juntamente com suas implicações éticas, sociais e jurídicas, em documento aprovado pela Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 39. No termo de consentimento médico informado, se os pacientes forem casados ou viverem em união estável, será necessária a manifestação do cônjuge ou companheiro, concordando expressamente com o procedimento médico indicado, com uso ou não de material doado, e, em especial, definindo o destino a ser dado ao material genético eventualmente criopreservado.

TÍTULO II

Da Tutela Civil Capítulo I Das Partes

Art. 40. Pode se submeter ao tratamento de reprodução humana assistida qualquer pessoa maior de 18 anos, capaz que, mediante manifestação inequívoca de sua vontade e por indicação médica, deseje ter um filho.

Art. 41. A aplicação das técnicas de reprodução assistida somente pode ser realizada por médico registrado no Conselho Regional de Medicina com área de atuação em reprodução humana e devidamente cadastrado para a atividade junto ao Cadastro Nacional de Bancos e Células e Tecidos Germinativos, vinculado ao Sistema Nacional de Produção de Embriões.

Capítulo II – Direitos e Deveres

Art. 42. A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objetivo a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.

Art. 43. Para garantir a transparência e conhecimento do tratamento em todas as suas fases, são direitos dos pacientes:

- I – direito à informação e à liberdade de escolha das técnicas reprodutivas, após conhecimento de seus riscos e implicações;
- II – direito de acesso a todas as informações quanto à habilitação do médico e da clínica ou hospital que lhe presta esse serviço de saúde;
- III – direito à informação quanto a todas as implicações jurídicas do tratamento ao qual pretende se submeter, incluindo a possibilidade de haver embriões excedentários e a necessidade de determinar seu destino, após ter ocorrido o sucesso ou não com o procedimento escolhido;
- IV – direito à informação sobre as etapas do tratamento, com acompanhamento claro e preciso de todas as suas fases;
- V – direito ao acompanhamento psicológico, prestado por profissional habilitado, disponibilizado pelo médico, clínica ou hospital, antes, durante e após o tratamento.

Art. 44. A fim de assegurar a correta indicação e utilização do tratamento, são deveres do paciente:

- I – dever de fornecer todas as informações sobre sua saúde, não omitindo qualquer uma, por mais irrelevante que possa parecer, sob pena de trazer complicações ao tratamento;
- II – dever de cumprir estritamente todas as recomendações médicas, necessárias para o resultado satisfatório da técnica empregada;
- III – dever de prestar seu consentimento, por escrito, em que será confirmada a concordância quanto à aplicação do procedimento reprodutivo;
- IV – dever de indicar o destino a ser dado aos possíveis embriões excedentários, em caso de morte, rompimento conjugal ou de união estável ou de desinteresse em prosseguir com a implantação do embrião.

Art. 45. O médico habilitado para aplicar as técnicas reprodutivas terá:

- I - o dever de agir com lealdade e respeito, tanto em relação ao paciente, quanto com relação às vidas em concepção;
- II - o dever de empregar todo o conhecimento técnico necessário para a boa consecução dos fins almejados na reprodução;
- III - o dever de prestar todas as informações necessárias com relação ao procedimento empregado, em especial, quanto aos riscos dele derivados;
- IV - o dever de manter os registros médicos atualizados e adequadamente arquivados nos órgãos competentes;
- V - o dever de manter a confidencialidade das informações e da identidade dos envolvidos no procedimento de assistência a reprodução.

Art. 46. São direitos do médico que aplicar as técnicas reprodutivas:

- I - o de ser informados sobre toda as questões relacionadas à saúde de seus pacientes;
- II - o de acompanhar o desenvolvimento da gestação;
- III - o de ser informado sobre qualquer intercorrência que possa ocorrer durante o tratamento.

Capítulo III – Da Presunção de Filiação

Art. 47. O filho nascido da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumidamente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram.

Parágrafo único. Em nenhuma hipótese, o assento de nascimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais conterà dados dos quais se possam inferir o caráter da geração.

Art. 48. Nenhum vínculo de filiação será estabelecido entre o ser concebido com material genético doado e o respectivo doador, ainda que a identidade deste venha a ser revelada nas hipóteses previstas no artigo 19 deste Estatuto. **Art. 49.** Em caso de filiação *post mortem*, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos oriundos de uma relação paterno-filial, observados os limites e exigências impostos por esta Lei.

Capítulo IV – Das Ações de Investigação de Vínculo Biológico e Negatória de Paternidade

Art. 50. A ação de investigação de origem biológica é permitida nos limites previstos no artigo 19 deste Estatuto.

Parágrafo único. Do conhecimento judicial do liame biológico entre o doador de gametas e o nascido com seu material genético não será estabelecido o vínculo de filiação e não decorrerá qualquer direito pessoal ou patrimonial ou dever oriundo do vínculo paterno-filial.

Art. 51. A ação negatória de paternidade será permitida nas hipóteses de erro de consentimento quanto à utilização da inseminação ou fertilização heteróloga ou em caso de fraude em razão de infidelidade do outro genitor, tanto na modalidade homóloga quanto na heteróloga.

Parágrafo único. Nos casos acima previstos, caberá à mulher igual direito. **Art. 52.** A ação negatória também será permitida se houver fundada suspeita de que não foi aplicada pelo médico a técnica escolhida no termo de consentimento informado.

Parágrafo único. Nesta hipótese, a sentença que reconhecer o erro médico não desconstituirá o vínculo paterno-filial existente.

Capítulo V – Do Sistema de Responsabilização

Art. 53. A relação médico-paciente na reprodução assistida tem como objeto a assistência médica terapêutica com a finalidade de facilitar e viabilizar a reprodução humana para gerar uma vida.

Parágrafo único. Nenhuma finalidade, senão a acima descrita, poderá ser perseguida por qualquer uma das partes, nos moldes dos artigos 5º e 6º da presente Lei.

Art. 54. O médico que conduzir o tratamento de reprodução humana assistida utilizando uma de suas técnicas responderá, civil e criminalmente, por ato que viole os deveres contratuais estabelecidos entre as partes ou que, de qualquer outra forma, desrespeite os princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva ou da autonomia da vontade.

Art. 55. O médico responderá pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade.

Parágrafo único. Em casos excepcionais, a critério do juiz, diante da vulnerabilidade e hipossuficiência dos pacientes envolvidos no tratamento reprodutivo, poder-se-á inverter o ônus da prova.

Art. 56. As clínicas, centros médicos, hospitais ou qualquer outro estabelecimento que disponibilize serviços médicos de reprodução assistida responderão objetivamente pelo serviço viciado ou defeituoso prestados aos pacientes.

§ 1º Considera-se defeito na prestação de serviços prática que coloque em risco a vida ou cause prejuízos à saúde dos pacientes e não ofereça a estes a segurança que deles se espera.

§ 2º Considera-se vício na prestação de serviços aquele que é prestado de forma imprópria, inadequada ou que não apresente informações suficientes sobre seus procedimentos e riscos.

Art. 57. As clínicas, hospitais, centros ou unidades médicas que aplicam técnicas de reprodução assistida são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para pacientes submetidos às técnicas reprodutivas, obrigando-se a manter:

I - um registro permanente das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de reprodução assistida aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;

II - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de

reprodução assistida, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

Parágrafo único. Em cada unidade de médica, haverá um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

Capítulo VI – Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida

Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação. **Art. 59.** Tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no *caput*, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

TÍTULO III – DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

Capítulo I – Do Sistema Nacional de Reprodução Assistida

Art. 60. O Sistema Nacional de Reprodução Assistida, vinculado ao Ministério da Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária compreende o BCTG – Banco de Células e Tecidos Germinativos, o SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões e o Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 61. Compete aos BCTGs a seleção de doadores de gametas, coleta, transporte, registro, processamento, armazenagem e liberação do referido material para uso terapêutico do próprio doador ou terceiros.

Parágrafo único. É de competência, ainda, dos BCTGs a garantia da qualidade do processo de conservação dos tecidos e células que estejam sob a sua responsabilidade e o fornecimento ao médico do paciente de todas as informações necessárias a respeito da amostra a ser utilizada.

Art. 62. É condição de funcionamento do Banco de Células e Tecidos Germinativos ser vinculado, formalmente, a um estabelecimento de saúde especializado em reprodução humana e legalmente estabelecido.

Art. 63. Para funcionar os BCTGs dependerão de licença emitida pelo Órgão de Vigilância Sanitária e de Sistema de Garantia de Qualidade aprovado por Instituição de Acreditação.

Art. 64. Compete ao SisEmbrio - Sistema Nacional de Produção de Embriões:

I - a reunião e consolidação de todas as informações, em âmbito nacional, fornecidas pelos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, relativas à produção de Embriões Humanos.

II - a manutenção de arquivo perene do registro de nascimento de criança com material genético doado, disponibilizando a informação aos BCTGs, para impedir fertilização ou inseminação com material genético de doador que já foi utilizado no Estado da unidade médica.

III – receber a comunicação de escolha de gameta de doador (a) em procedimento de reprodução assistida e autorizar seu uso.

IV - manter arquivo atualizado e perene, com informação de todos os nascimentos em consequência de processos de reprodução assistida com utilização de material de doador, a fim de viabilizar consulta futura pelos Offícios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Art. 65. Competirá à Agência Nacional de Vigilância Sanitária a regulamentação dos procedimentos e das normas técnicas para o funcionamento dos BCTGs e do SisEmbrio.

Art. 66. É criado o Conselho Nacional de Reprodução Assistida – CNRA, vinculado ao Ministério da Saúde, ao qual compete pronunciar-se sobre as questões éticas, sociais e legais decorrentes da Reprodução Assistida.

Art. 67. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida é um órgão colegiado, de caráter permanente e consultivo, dirigido a assessorar e orientar sobre a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a contribuir com a difusão dos conhecimentos científicos e técnicos nesta matéria, assim como com a elaboração de critérios funcionais e estruturais dos centros onde as técnicas se realizam.

Art. 68. São atribuições do CNRA – Conselho Nacional de Reprodução Assistida, dentre outras:

- I – Contribuir para a divulgação das técnicas de reprodução humana disponíveis e para o debate acerca das suas aplicabilidades;
- II - Atualizar a informação científica sobre a procriação medicamente assistida e sobre as técnicas reguladas pela presente legislação;
- III - Dar parecer sobre a autorização de novos centros, bem como sobre situações de suspensão ou revogação dessa autorização;
- IV - Dar parecer sobre a constituição de bancos de células germinativas, bem como sobre o destino do material biológico resultante dos referidos bancos;
- V – Viabilizar a criação do Cadastro Nacional de Adoção de Embriões, acompanhando o seu funcionamento;
- VI - Acompanhar a atividade dos centros onde são aplicadas as técnicas de reprodução assistida e/ou criopreservação de embriões ou gametas, fiscalizando o cumprimento da presente lei, em articulação com as entidades públicas competentes;
- VII - Aprovar o documento através do qual os beneficiários das técnicas de Reprodução Assistida prestam o seu consentimento;
- VIII – Dar parecer sobre as condições necessárias à disponibilização das técnicas de Reprodução Assistida no âmbito do Sistema Único de Saúde.
- IX – Receber e avaliar os relatórios anuais das unidades médicas de reprodução assistida.

Art. 69. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida será composto por treze personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da Reprodução Assistida.

Art. 70. Os membros do Conselho Nacional de Reprodução são designados da seguinte forma:

I - Quatro profissionais da área da Saúde, indicados pelo Ministério da Saúde; II - Cinco médicos que atuem com Reprodução Humana, indicados pelo Conselho Federal de Medicina;

III - Quatro advogados com comprovada especialidade em reprodução assistida, indicados pelo Conselho Federal da OAB.

Parágrafo único. O mandato dos membros do Conselho é de três anos, sendo permitido cumprir um ou mais mandatos.

Art. 71. O Conselho Nacional de Reprodução Assistida apresentará ao Ministério da Saúde um Relatório Anual sobre as suas atividades, formulando as recomendações para o aperfeiçoamento da aplicação e utilização das técnicas médicas reprodutivas.

Parágrafo único. O Conselho funcionará no âmbito do Ministério da Saúde que assegurará o apoio técnico e administrativo necessários ao seu funcionamento.

Art. 72. O Conselho estabelecerá em Regulamento Interno a disciplina do seu funcionamento.

Art. 73. Todas as entidades públicas, sociais e privadas, têm o dever de prestar a colaboração solicitada pelo Conselho de Reprodução Assistida.

Capítulo II – Das Sanções Administrativas

Art. 74. O não cadastramento do Banco de Células e Tecidos Germinativos junto ao Sistema Nacional de Produção de Embriões ou o desrespeito a qualquer um dos procedimentos técnicos previstos nas resoluções emanadas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária configurará infração sanitária, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977.

Parágrafo único. As penalidades por infração sanitária não excluem as sanções de natureza civil, penal e as definidas em normas específicas.

Art. 75. A fiscalização, no âmbito administrativo, é de responsabilidade do Ministério da Saúde, através de Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

TÍTULO IV – DAS INFRAÇÕES CRIMINAIS

Art. 76. Constituem crimes contra as relações de assistência médica à reprodução humana e seus beneficiários, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 77. Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não o da procriação humana.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 78. Criar embriões para investigação de qualquer natureza.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 79. Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 80. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação sem finalidade de terapia gênica da descendência.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 81. Misturar o material genético de duas ou mais pessoas causando a confusão na origem biológica do ser concebido por técnica de reprodução assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 82. Criar seres humanos geneticamente modificados ou clones. Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 83. Praticar a redução embrionária.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 84. Praticar ato que resulte na destruição de embriões humanos, excetuados os casos permitidos em lei.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 85. Descartar embriões humanos.

Pena – Reclusão de três a dez anos.

Art. 86. Cobrar qualquer espécie de remuneração para a cessão temporária de útero.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem viabiliza ou facilita, com fins lucrativos, o contato entre quem concedeu o útero e a pessoa que busca a descendência.

Art. 87. Comprar ou vender gametas ou quaisquer outras células germinativas. Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Art. 88. Aplicar as técnicas terapêuticas de reprodução assistida fora dos casos de terapia contra a infertilidade e/ou esterilidade ou para evitar a transmissão de doença genética grave dos pais à sua descendência.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 89. Aplicar as técnicas de reprodução assistida sem habilitação profissional ou autorização legal.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 90. Produzir embriões que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher, nos termos do artigo 29 desta lei.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 91. Destinar embrião criopreservado à finalidade não prevista no artigo 32 deste Estatuto.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 92. Proceder à aplicação de qualquer técnica de reprodução assistida sem a concordância manifestada expressamente por todos os envolvidos e beneficiários no termo de consentimento informado.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 93. Utilizar, de forma fraudulenta ou enganosa, material genético de pessoa que não concordou expressamente com a doação.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 94. Utilizar material genético de doador (a) sem a autorização manifestada expressamente em documento de consentimento livre e esclarecido dos beneficiários que se submetem às técnicas médicas reprodutivas.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 95. Utilizar material genético de pessoa falecida sem que exista documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado.

Pena – Reclusão de três a oito anos.

Art. 96. Aplicar técnicas de reprodução assistida em estabelecimento assistencial de saúde não credenciado ao Sistema Nacional de Reprodução Assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Art. 97. Utilizar material genético de doador (a) em mais de uma gestação no Estado de localização da unidade.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Art. 98. Liberar o uso ou utilizar material genético doado sem avaliação médico-laboratorial negativa para doenças infecto-contagiosas.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas aquele que liberar para utilização sêmen ou oócito doado antes da repetição dos exames com resultados negativos para quaisquer doenças infecto-contagiosas, nos termos dos artigos 11 e 12 do presente Estatuto.

Art. 99. Violar o sigilo quanto ao procedimento utilizado ou identidade dos envolvidos, sejam doadores ou beneficiários, no tratamento de reprodução assistida.

Pena – Detenção de dois a cinco anos e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem divulgar ou facilitar a divulgação de informação que desrespeite o sigilo garantido a doadores e receptores de material genético, permitindo suas identificações.

Art. 100. Participar como doador nos programas de doação para reprodução assistida sendo pessoa responsável pela unidade médica ou integrante da equipe multidisciplinar a ela vinculada.

Pena – Reclusão de três a oito anos e multa.

TÍTULO V – DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 101. Serão atribuídos aos genitores que utilizam qualquer uma das técnicas de reprodução assistida os mesmos benefícios previdenciários ou trabalhistas garantidos aos genitores que concebem naturalmente ou por adoção.

Art. 102. O recurso às técnicas de Reprodução Assistida no âmbito da rede do Sistema Único de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Reprodução Assistida.

Art. 103. Qualquer atividade de publicidade ou promoção por parte das unidades médicas autorizadas que incentive a doação de células ou tecidos germinativos deverá respeitar o caráter altruísta daquela, não podendo, em caso algum, estimular a doação mediante oferta de compensações ou benefícios econômicos.

Parágrafo único. A mesma regra se aplica ao pacto de gestação de substituição.

Art. 104. O embrião pode ser fideicomissário em substituição testamentária, figurando como exceção à regra da concepção prevista no art. 1.952 do Código Civil de 2002.

Art. 105. Nos casos em que houver dúvidas do magistrado quanto a eventuais questões não reguladas pelo presente Estatuto, o Respeito à Vida Humana e o Superior Interesse do Menor constituirão princípios guias de regulação da matéria.

Art. 106. Este Estatuto entra em vigor noventa dias após sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

O presente Projeto de Lei foi apresentado pelo ex-deputado Dr. Eleuses Paiva, com o nº 4892/2012.

O anteprojeto do Estatuto da Reprodução Assistida, elaborado pela Profa. Dra. Ana Cláudia Silva Scalquette, conselheira da Comissão de Biotecnologia e Estudos sobre a Vida, da OAB-SP, foi disponibilizado por cento e oitenta dias em consulta pública no site da OAB-SP, contando com inúmeras sugestões que, após analisadas pela Comissão de Biotecnologia, foram incorporadas ao texto.

O planejamento familiar é direito de todo o cidadão, conforme disposto na Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que, segundo o mesmo diploma, deve ser entendido como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Nesse sentido, a família goza de

proteção especial por parte do Estado nos moldes do artigo 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

As técnicas médicas de Reprodução Humana Assistida têm caráter terapêutico e são reconhecidas e aplicadas em nosso país desde 1984 e no mundo desde 1978.

O Ministério da Saúde, por Resolução emanada da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária já disciplinou, no âmbito administrativo, o funcionamento de Bancos de Células e Tecidos Germinativos - BCTGs e criou o Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária reconheceu no último relatório, publicado em 2012, que há um número estimado de cento e vinte clínicas espalhadas pelo país, mas apenas setenta e sete cadastradas. Além disso, divulgou que o número de embriões criopreservados, oficialmente cadastrados, ultrapassa cento e oito mil.

O Código Civil de 2002 reconheceu como filhos por presunção aqueles nascidos com o emprego de técnicas de reprodução assistida em seu artigo 1.597, mas não regulou os efeitos desse reconhecimento.

Há mais de uma década muitos países já possuem diploma legal próprio para regular a aplicação e uso das técnicas de reprodução humana, dentre eles: Espanha, Portugal, Itália e Reino Unido.

O Poder Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre questões relacionadas à utilização das técnicas de auxílio à reprodução humana, tanto no âmbito da área médica quanto na esfera das relações civis. Neste viés, atos ilícitos e crimes vêm sendo cometidos em razão da aplicação inconsequente e não regulamentada das técnicas médicas reprodutivas.

Por fim, o Governo Federal, por meio do Departamento de Ações Programáticas Estratégicas, vinculado ao Ministério da Saúde, elencou, em documento oficial, como uma de suas prioridades a assistência em planejamento familiar e a atenção em reprodução Humana Assistida na rede SUS (Cf. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2005).

Assim, o referido Ministério da Saúde relata ações no sentido de discutir proposta em relação à regulamentação para o emprego das técnicas de reprodução humana assistida, haja vista a falta de normatização legal específica sobre a matéria.

Em suma, o presente projeto de lei tem a finalidade de regular no âmbito civil, administrativo e penal, as ações de aplicação e utilização das técnicas médicas de auxílio à reprodução humana.

Portanto, solicito o apoio dos nossos pares para que este projeto de lei seja aprovado.

Sala das Sessões, em janeiro de 2015.

Deputado JUSCELINO REZENDE FILHO
PRP/MA

ANEXO 2 – PROJETO DE LEI Nº 7.591/2017

PROJETO DE LEI N.º 7.591, DE 2017

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.

Art. 2º O art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1.798.

Parágrafo único. Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida. (NR)”

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

JUSTIFICAÇÃO

As técnicas de reprodução assistida são grande alento para aqueles que, por motivos ligados à infertilidade ou à esterilidade, não podem gerar filhos, especialmente nos casos em que outros métodos terapêuticos são ineficazes.

A reprodução humana assistida é uma realidade presente há décadas em todo o mundo. Segundo Maria Helena Diniz, as técnicas de reprodução assistida se dão pelos métodos chamados ZIFT (*Zigot Intra Fallopian Transfer*) e GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*). A ectogênese, ou fertilização *in vitro*, concretiza-se pelo método ZIFT, em que o

óvulo da mulher é retirado e fecundado, sendo o embrião posteriormente introduzido no útero. Já a inseminação artificial se processa pelo método GIFT, que consiste na inoculação do sêmen na mulher, sem manipulação externa do óvulo ou do embrião.¹

O primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Brown, nasceu em 1973. Apesar da divulgação da possibilidade desta forma de concepção e da introdução dessas técnicas no Brasil desde a década de 1980,² não há ainda na legislação federal resposta à maior parte das questões decorrentes da prática. O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), ao abordar o tema, limitou-se à presunção de paternidade (artigo 1.597). A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) autoriza a cessão de embriões congelados há três anos ou mais para a utilização para fins de terapia e de pesquisa (artigo 5º, II).³

As lacunas da legislação federal foram colmatadas pela Resolução nº 1.358, de 19 de novembro 1992, do Conselho Federal de Medicina, que estabelecia diretrizes para a prática e fixava limites éticos a serem observados. O regulamento foi substituído subsequentemente pelas Resoluções nº 1.957/2010, nº 2.013/2013 e nº 2.121/2015. A última se encontra em vigor na presente data.

A ausência de disciplina da matéria traz alguns prejuízos para as famílias que precisam se utilizar dessas técnicas para reprodução. Decerto, há inúmeras questões a serem resolvidas pelo Congresso Nacional, algumas sendo objeto de proposições em tramitação nesta Casa. Dentre as polêmicas existentes, podemos citar: o direito de nascidos dessas técnicas conhecerem o pai biológico, nos casos de fecundação artificial heteróloga; da destinação – e consequente possibilidade de descarte – de pré-embriões e gametas; sobre a

¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 569.

² CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Cadernos CRH*. Salvador: Centro de Recursos Humanos/UFBA, v. 18, n. 43, p. 103-112, jan./abr., 2005.

³ Ressalte-se que o mencionado dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3.510/DF, em 29/5/2008. “Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização” (Informativo STF nº 508: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>)

admissibilidade de gestação de substituição no ordenamento brasileiro; sobre quem pode ser doador de material genético etc.

Diante da multiplicidade de questões de difícil resolução, cremos ser prudente enfrentar essa questão pontual por meio de projeto de lei específico, deixando para outros foros a resolução de temas em que é maior a controvérsia e, portanto, mais difícil o consenso.

Um dos mais sensíveis dilemas jurídicos se verifica quando falece um dos cônjuges ou companheiros que desejava realizar o tratamento. Exsurge a controvérsia acerca da possibilidade de o filho concebido por meio de técnica de reprodução assistida ser considerado herdeiro.

O artigo 1.798 do Código Civil preceitua que se legitimam a suceder as pessoas já concebidas no momento da sucessão. Não define, contudo, o que se entende por concepção. Ocorreria pela simples penetração do espermatozoide no óvulo (reputando-se concebido o embrião *in vitro*) ou apenas quando da implantação ou da fertilização? Eduardo de Oliveira Leite, Silmara Chinelato, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias, por exemplo, entendem que, ocorrendo a concepção laboratorial previamente à morte, são garantidos os direitos sucessórios ao filho, ainda que a implantação ocorra posteriormente. Os autores concluem que o filho havido por fertilização homóloga com o material genético conservado do falecido não tem direito à herança, a teor do artigo 1.798 do Código.

Confira-se trecho da obra de Rosenvald e Farias:

“Não é demais reiterar interessante discussão sobre os efeitos sucessórios decorrentes da fertilização assistida. Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos dos arts. 1.597, III, e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia *concepção laboratorial*, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem *nasceu ou foi concebido*. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). A outro giro, se não havia *concepção*, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual. Mas, curiosamente, haverá a presunção de paternidade, caso preenchidas as diretrizes do inciso III do art. 1.597. Ou seja, o exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, na qual *uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo*. Poderá, de qualquer sorte,

ter sido beneficiada por testamento deixado pelo seu pai em favor da prole eventual (CC, art. 1.800, § 4º), dêz que tenha sido concebida no prazo de dois anos, contados a partir da data do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias, volume 6*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 577)

Tal entendimento não merece prosperar. A interpretação contradiz o disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), que autoriza a realização de pesquisa com células-tronco de embriões congelados há três anos ou mais. De um lado se considera o embrião *concebido*, reservando-lhe direitos sucessórios e, de outro, permite a sua utilização como objeto de pesquisa científica.

Aliás, ao prevalecer essa doutrina, criar-se-ia a insustentável distinção jurídica: a implantação do embrião no útero feminino após três anos, por exemplo, conferiria ao filho assim havido a condição de herdeiro, enquanto que ao filho havido por inseminação artificial após o idêntico período de três anos seria negado o mesmo direito.

Assim, o parâmetro jurídico para se aferir a igualdade ou a desigualdade da situação não deve repousar sobre o método de reprodução assistida utilizado, mas sim sobre o claro parâmetro constitucional: a condição de filho. O texto constitucional impõe a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos (artigo 226, § 6º), não se admitindo que o legislador ou o aplicador da lei se valha de critérios outros para promover a distinção de situações jurídicas.

Creemos que se a filiação é reconhecida, segue-se de consequência o direito de suceder, independentemente do período decorrido entre a abertura da sucessão e a concepção. É esse o posicionamento de Maria Berenice Dias, que assevera:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227, § 6º). **Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC, art. 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*.** Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. **A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução assistida *post mortem*.** (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013)

Este parlamento não pode se furtar à análise da questão, a despeito de sua complexidade. Reconhecemos a existência de proposições legislativas em tramitação que cuidam, ainda que não de forma exclusiva, do tema que trazemos à apreciação dos nobres pares.

Os Projetos de Lei nº 4.892, de 2012, e 115, de 2015, ambos no artigo 59, asseguram direitos sucessórios aos filhos havidos por meio de técnicas de reprodução assistida nos casos em que a gravidez se inicie em até três anos da abertura da sucessão. Embora imponham um limite temporal, não se valem as proposições da distinção baseada no método de concepção escolhido pelo casal.

Ainda que mais justo o critério utilizado nos projetos supramencionados, entendemos ser imperioso ir além, a fim de bem atender ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Considerando a atual exigência de as clínicas de reprodução assistida de colherem termo de consentimento informado a respeito da utilização dos gametas ou embriões após a morte, divórcio ou doenças graves (Resolução CFM nº 2.121, de 2015, itens V, 3; e VIII), parece razoável compreender que, pretendendo exercer a paternidade, o falecido tenha também a intenção de garantir direitos sucessórios ao concepturo.

Ante o exposto, conclamamos os ilustres pares a envidar os esforços necessários a fim de consignar de forma expressa na legislação pátria a capacidade sucessória dos concebidos após a abertura da sucessão, pondo termo a discussões jurídicas sobre o tema e concretizando o princípio constitucional inscrito no § 6º do artigo 227 da Carta Magna.

Sala das Sessões, em de de 2017.

Deputado CARLOS BEZERRA