

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO**  
**INSTITUTO TRÊS RIOS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MONOGRAFIA**

**IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS  
DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS**

**ANA LÚCIA SOARES DOTTA DE OLIVEIRA**

**2014**



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO TRÊS RIOS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS  
DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS**

**ANA LÚCIA SOARES DOTTA DE OLIVEIRA**

*Sob a orientação da professora*  
**Vanessa Sampaio Corrêa**

Monografia submetida como  
requisito parcial para obtenção do título  
de Bacharel em Direito, no Curso de  
Graduação em Direito. Grau obtido:  
(10,0).

Três Rios  
Fev/2014

## FICHA CATALOGRÁFICA

OLIVEIRA, Ana Lúcia Soares Dotta de.

Implicações jurídicas da reprodução assistida: os direitos sucessórios dos embriões criopreservados, 2014. 62 f.

Orientadora: Vanessa Corrêa Sampaio

Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em Direito) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, 2014.

Referências bibliográficas: f. 59-62.

1. O acesso à maternidade e à paternidade na era contemporânea. 2. O nascituro e o embrião: sua proteção jurídica. 3. Os interesses sucessórios do embrião criopreservado. I. OLIVEIRA, Ana Lúcia Soares Dotta de. II. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Implicações jurídicas da reprodução assistida: os direitos sucessórios dos embriões criopreservados.

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO**  
**INSTITUTO TRÊS RIOS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANA LÚCIA SOARES DOTTA DE OLIVEIRA**

Monografia submetida como requisito parcial para obtenção do título de  
**Bacharel em Direito.**

MONOGRAFIA APROVADA EM 24/02/2014

---

**Profª Vanessa Sampaio Corrêa**  
**Doutora em Direito, UERJ**  
(Orientadora)

---

**Profª Ludmilla Elyseu Rocha**  
**Doutora em Direito, UFRJ**

---

**Prof Rulian Emmerick**  
**Doutor em Direito UFRJ**

## RESUMO

OLIVEIRA, Ana Lúcia Soares Dotta de. **Implicações jurídicas da Reprodução Assistida: os direitos sucessórios dos embriões criopreservados.** Monografia de conclusão de curso (graduação em Direito). Instituto Três Rios, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, RJ, 2014.

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar as implicações jurídicas no tocante à reprodução assistida, em especial os direitos inerentes aos embriões criopreservados. Para isso, buscou-se verificar nos dispositivos legais, bem como na doutrina e jurisprudência pátrias o *status* dos embriões criopreservados oriundos de tais técnicas bem como os direitos a eles inerentes, em especial, quanto à questão sucessória. Nesse sentido, procurou-se esclarecer indagações acerca das questões mais relevantes e polêmicas quanto à possibilidade de direitos para esses embriões, bem como as possíveis implicações no cenário jurídico. Assim, constatou-se que, embora não haja legislação específica que determine os direitos dos embriões, estes, acaso sejam implantados no útero materno *post mortem* do cônjuge, deveriam ter seus direitos sucessórios assegurados. Isso porque, além de se respeitar o projeto parental, buscar-se-ia também atender aos princípios constitucionais que coíbem quaisquer discriminações entre filhos e garantem a proteção à família, célula matriz da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: embriões, reprodução assistida. direitos sucessórios.

## ABSTRACT

This study aims to examine the legal implications regarding to assisted reproduction, in particular the rights attached to cryopreserved embryos . To this end, we sought to verify in the legal provisions as well as the doctrine and national jurisprudence, the status of cryopreserved embryos derived from such techniques and the rights attached to them, in particular as to the succession problem. In this way, through the dialectical approach , we sought to clarify questions about the most relevant and controversial issues concerning the possibility of rights to embryos and the possible implications in the legal setting. Thus, it was found that, although there is no specific legislation determining the rights of embryos, these, if implanted in the *post mortem* womb of the spouse , should have ensured its succession rights. That's because, in addition to respect parental project, it would also seek to meet the constitutional principles that restrain any discrimination between children and guarantee the protection of the family, mother cell of society.

KEYWORDS : embryos , assisted reproduction, succession rights.

*A Deus, pelo dom da vida e pelo discernimento que me conduziu à escolha desse novo e fascinante caminho, o Direito.*

*A José Luiz, companheiro de todas as horas, pela compreensão e incentivo mesmo nos momentos de ausência.. Aos meus queridos filhos, José Luiz e Matheus, razão de minha existência, por fazerem parte desta conquista.*

*Aos mestres que, com tanta sabedoria e dedicação, souberam descortinar o universo do Direito diante de meus olhos; em especial, à Vanessa, que, com grande paciência e profissionalismo orientou este trabalho.*

## SUMÁRIO

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                   | 10 |
| <br>CAPÍTULO I - O ACESSO À MATERNIDADE E À PATERNIDADE NA ERA CONTEMPORÂNEA ..... | 12 |
| 1.1. O direito à procriação .....                                                  | 12 |
| 1.2. Princípios constitucionais relevantes ao planejamento familiar .....          | 14 |
| 1.3. A reprodução assistida e a legislação infraconstitucional vigente .....       | 19 |
| 1.3.1. As normas do Conselho Federal de Medicina .....                             | 19 |
| 1.3.2. A reprodução humana e o Novo Código Civil.....                              | 21 |
| <br>CAPÍTULO II - O NASCITURO E O EMBRIÃO: SUA PROTEÇÃO JURÍDICA.....              | 24 |
| 2.1. O Nascituro e o direito à vida .....                                          | 24 |
| 2.2. A proteção jurídica do nascituro .....                                        | 25 |
| 2.2.1. O Nascituro no Código Civil de 2002 .....                                   | 25 |
| 2.3. O estatuto jurídico do embrião .....                                          | 27 |
| 2.3.1. A formação do embrião humano e seu <i>status</i> jurídico .....             | 27 |
| 2.3.2. A questão dos embriões excedentários .....                                  | 29 |
| 2.3.2.1. O direito à vida dos embriões e a ADI 3.510-0 .....                       | 33 |
| <br>CAPÍTULO III - OS INTERESSES SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO.....        | 39 |
| 3.1. Aspectos gerais .....                                                         | 39 |
| 3.2. A reprodução assistida <i>post mortem</i> .....                               | 40 |
| 3.3. Os direitos sucessórios do embrião criopreservado .....                       | 45 |
| 3.3.1. Legitimidade sucessória do embrião .....                                    | 45 |
| 3.3.2. Formas de garantia de direitos hereditários aos embriões .....              | 50 |
| 3.3.2.1. A sucessão testamentária e a prole eventual .....                         | 51 |
| 3.3.2.2. O fideicomisso.....                                                       | 53 |

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| 3.3.2.3. A petição de herança ..... | 54 |
| CONCLUSÕES .....                    | 57 |
| REFERÊNCIAS .....                   | 59 |

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como fulcro perquirir sobre a questão dos embriões criopreservados oriundos de técnicas de reprodução humana assistida, em especial quanto aos efeitos dessa prática em termos sucessórios. É notório que, com os avanços tecnológicos experimentados nas últimas décadas, em especial pela ciência genética, muito se tem evoluído nesse campo. Em razão disso, criam-se situações para as quais o direito precisa trazer respostas que resolvam conflitos, os quais, por vezes, mostram-se deveras complexos, uma vez que geram consequências em outras esferas.

Sabe-se que inseminações artificiais e *in vitro* são temas polêmicos, os quais abrem portas a debates éticos e a questões legais já que esses métodos artificiais alteram a forma natural de procriação. Ademais tais procedimentos eram considerados, há poucas décadas, inimagináveis, e nesse sentido desafiam o direito, o qual não conseguiu acompanhar tal evolução. Isso faz com que, diante das esparsas regras a respeito, seja necessário refletir acerca desse tema de tal forma que se possa repensar conceitos até então cristalizados e que agora, diante de novas perspectivas, mostram-se inovadores e, ao mesmo tempo, intrigantes.

Diante disso, buscar-se-á, inicialmente, tecer considerações sobre o direito à procriação, o qual goza de amparo constitucional, uma vez que a própria Carta Magna prevê o direito ao planejamento familiar, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Serão mostrados, também, os princípios que norteiam o planejamento familiar, bem como o amparo trazido pela Lei n. 9263/96, a qual pretende assegurar pleno acesso às técnicas de reprodução assistida, existindo, entretanto, divergências nas decisões dos tribunais pátrios quanto à efetivação dessa garantia.

Tratar-se-á, ainda no primeiro capítulo, acerca da escassa legislação pátria sobre a reprodução humana assistida uma vez que existem apenas as Resoluções do Conselho Federal de Medicina e uma breve alusão a tais técnicas no Código Civil de 2002, quando trata da presunção de paternidade.

O segundo capítulo tratará mais detidamente do *status* jurídico do embrião, buscando compará-lo ao do nascituro, o qual detém proteção no ordenamento jurídico vigente. Buscar-se-á o entendimento da doutrina e da jurisprudência no tocante à tutela jurídica dos embriões, os quais se constituem como vida em potencial. Nesse sentido, analisar-se-ão os principais pontos e limitações trazidos pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina em relação à

reprodução assistida, em especial, aos embriões excedentários, inclusive sobre seu descarte chegando-se à posição do Supremo Tribunal Federal, através da análise de pontos relevantes da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0 , no que concerne o direito à vida.

O último capítulo tratará dos reflexos trazidos pelas técnicas de reprodução assistida, especialmente no direito sucessório, analisando-os com respaldo em diversos doutrinadores. Desse modo, buscar-se-á esclarecer aspectos importantes que geram vários questionamentos, como a possibilidade de direitos sucessórios ao embrião implantado *post mortem* bem como as implicações jurídicas desse procedimento.

Por derradeiro, buscar-se-á trazer à baila as formas de garantia de direitos hereditários aos embriões, segundo o entendimento doutrinário, bem como as controvérsias que envolvem a questão e que colocam em aparente conflito a segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos. Procurar-se-á, enfim, através deste estudo, enfrentar os principais aspectos que tanto intrigam doutrinadores e operadores do direito acerca das questões, principalmente sucessórias, que envolvem a reprodução assistida, especialmente em relação aos embriões excedentários, os quais ainda representam um desafio a ser enfrentado por todos os segmentos envolvidos.

## CAPÍTULO I - O ACESSO À MATERNIDADE E À PATERNIDADE NA ERA CONTEMPORÂNEA

### 1.1. O direito à procriação

Os avanços científicos advindos no século passado, em especial a partir do final da década de 70, com o nascimento do primeiro bebê de proveta no mundo, vieram desmistificar os paradigmas outrora consagrados acerca da reprodução humana. O que antes seria inimaginável – um casal com problemas de fertilidade poder ter filhos biológicos – pôde se tornar realidade.

A maternidade, antes vista como dom divino, uma dádiva concedida à mulher de poder gerar e gestar a sua prole, hoje adquiriu inovadoras proporções. Da pioneira técnica da proveta aos mais avançados métodos de reprodução assistida, hoje experimentados por inúmeros casais em todo o mundo, muito se evoluiu, permitindo que o sonho de parceiros inférteis pudesse se tornar realidade.

Entretanto, o direito à procriação sofreu variadas transformações com o passar do tempo. Isso porque, tal direito, em especial sob o ponto de vista religioso, sempre esteve atrelado ao casamento. Segundo Espinosa, *“para os cristãos, o desejo de ter um filho próprio natural é o fim do sacramento do Matrimônio”*<sup>1</sup>. O autor afirma ainda que, mesmo em termos jurídicos, a procriação foi, durante longo tempo, considerada como uma das finalidades do casamento, consequência natural do débito conjugal.

Tomando-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, vista como célula matriz da sociedade, admitia-se o sacrifício pessoal de seus membros em nome da manutenção do vínculo de casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como “unidade de produção, realçados os laços patrimoniais”.<sup>2</sup> Nesse sentido, as pessoas se uniam em família com o objetivo de formar patrimônio, o qual posteriormente seria transmitido aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí havia, como afirmam Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, *“a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade”*<sup>3</sup>.

Com a mudança dos costumes, o advento da pílula anticoncepcional e a consequente liberação sexual, intensificados desde as últimas décadas do século passado, a sociedade

---

<sup>1</sup> ESPINOSA, Jaime. *Questões de Bioética*, São Paulo: Quadrante, 1998, p. 39.

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 4

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias. Op. Cit.*, p. 4

avançou. Passaram, pois, a vigor novos valores e o desenvolvimento científico atingiu limites nunca antes imaginados, admitindo-se a concepção artificial do ser humano, sem a presença do elemento sexual. Ainda, de acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, “os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família”<sup>4</sup>.

Assim sendo, ao se colocar em evidência a estrutura familiar tradicional em meio às diversas inovações da ciência, permite-se compreender a família sob novas nuances. Nesse sentido, buscou-se o reconhecimento de novos direitos no tocante à concepção e à procriação, direitos estes que, embora devam ser previstos e assegurados pela legislação, não podem sofrer limitações por parte do Estado.

Sabe-se que, nas relações de família, a regra geral preponderante é a autonomia privada, cabendo a intervenção estatal apenas quando esta se fizer justificável, de modo a garantir direitos, em especial, os fundamentais, como no caso de alimentos, por exemplo. Assim, assevera Rodrigo da Cunha Pereira:

Sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros, reconhecido um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas<sup>5</sup>.

Heloisa Helena Barboza leciona que o “*right to procreate apresenta um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha, quanto a procriar ou não*”.<sup>6</sup>

Sendo assim, entende-se que resta reconhecido, como direito humano, a livre escolha reprodutiva, estando inerente a essa escolha o momento e a forma desejados, sem qualquer interferência estatal. Entretanto, não se trata de um direito absoluto, ilimitado, o qual não encontra quaisquer barreiras. Se aos futuros pais assiste o direito ao planejamento familiar, à constituição de uma família, gerando seus filhos biológicos, ou não; aos futuros filhos, fruto desse desejo, cabem também direitos como à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família

Heloisa Helena Barboza ainda quanto à efetivação do direito de se reproduzir, afirma que:

---

<sup>4</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 4

<sup>5</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 156-157.

<sup>6</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157

(...) não se restringe à esfera de interesses de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interfere de modo decisivo em outro: em outras palavras, ao se reconhecer o direito à procriação, é indispensável que se considerem os direitos do filho, também internacionalmente reconhecidos.<sup>7</sup>

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, *caput*, tratou de conferir à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Previu, ainda, no parágrafo 7º do referido artigo, atenção especial ao planejamento familiar:

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.<sup>8</sup>

Nesse sentido, percebe-se a preocupação do legislador em assegurar a autonomia em relação ao direito de reprodução bem como o acesso a todos os meios e informações para que tal intento se realize.

Em termos infraconstitucionais, o direito ao planejamento familiar encontra-se previsto na Lei n. 9.263/96, que expressamente, em seu artigo I, declara-o como inerente a todo cidadão. O artigo 3º, parágrafo único, I, prevê que a este direito esteja incluída a assistência à concepção e contracepção, devendo ser oferecidos, em consonância ao que dispõe o artigo 9º, todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção<sup>9</sup>. Desse modo, pode-se inferir que a legislação supracitada abarca as técnicas de reprodução assistida, as quais devem encontrar também limitações normativas.

Heloisa Helena Barbosa leciona que, no Brasil, o direito ao planejamento familiar não é absoluto e que, embora seja previsto constitucionalmente, é necessário confrontá-lo com outros princípios constitucionais<sup>10</sup>. Tal confronto precisa ocorrer de tal forma que o desejo de procriação possa ser devidamente exercido em observância a princípios de extrema relevância, os quais devem sempre prevalecer.

## 1.2. Princípios constitucionais relevantes ao planejamento familiar

---

<sup>7</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 230-231.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10/10/2013.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento familiar. Brasília, DF., 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/1923.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/1923.htm).

<sup>10</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). Op. Cit. p. 231.

É certo que a Constituição Federal de 1988 procurou proteger a família enquanto instituição, célula vital da sociedade. Sabe-se também que tal proteção buscou assegurar direitos, como o de procriação, através do planejamento familiar responsável. Entretanto, tais direitos, como já fora dito, não se encontram ilimitados, carecendo, pois, de detida reflexão à luz do direito e do ordenamento jurídico.

Se a Carta Magna procurou garantir a proteção à família, é na própria Constituição Federal que se devem buscar os pilares para que tal proteção se efetive. Nesse sentido, surgem os princípios constitucionais, os quais precisam ser observados, de forma a assegurar a todos o pleno reconhecimento de seus direitos. O primeiro deles é a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Lei Maior e considerado fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se de um conceito em processo de construção, uma vez que abarca uma gama de valores existentes na sociedade e que esta se encontra em constante evolução. Ingo Wolfgang Sarlet, ao conceituar a dignidade da pessoa humana, preceitua:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>11</sup>

Assim sendo, pode-se perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se como o mais amplo dos princípios constitucionais e, no que concerne ao direito de família, o princípio norteador que busca assegurar a garantia plena de desenvolvimento de todos os membros do grupo familiar. É necessário, portanto, reconhecer que a dignidade humana se constitui como o princípio maior do direito ao planejamento familiar e se impõe como limite supremo de toda a sua normatização. Isso porque a família contemporaneamente deve ser vista como instrumento de realização da pessoa humana, de modo a se evitar quaisquer interferências que violem os interesses de seus membros, tutelada na medida em que se promova a dignidade das pessoas que a compõem, garantindo igualdade substancial e solidariedade entre elas.

Outro princípio, relevante ao planejamento familiar e intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, é o da paternidade responsável. Previsto expressamente na Constituição

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

Federal, no § 7º do artigo 226 e implícito no artigo 229, o qual impõe deveres aos pais, quais sejam os de educar, assistir e criar os filhos menores, respeitando os seus direitos, tal princípio tem como sinônimo “responsabilidade”. Responsabilidade esta que se configura desde a concepção até quando os filhos necessitem da assistência familiar, em consonância ao que determina o artigo 227, ou seja, se configura como uma garantia fundamental. Trata-se, pois, de um dever inerente à própria parentalidade, fundamentado na igualdade entre homem e mulher, os quais devem sopesar e dividir responsabilidades, participando de forma igualitária das decisões que afetem a vida dos filhos. Assim sendo, tal princípio objetiva um planejamento familiar racional e independente, de modo a permitir que os membros da família possam se desenvolver naturalmente e de forma salutar.

A aplicação do princípio do melhor interesse da criança considera as necessidades do menor em detrimento aos interesses dos pais, observando-se sempre o caso em concreto. Trata-se, pois, de uma forma de proteger e tutelar direitos de uma parcela da população que, notoriamente, encontra-se em situação de vulnerabilidade frente a outros grupos. Permite-se assim uma mitigação do princípio da igualdade, de modo a garantir aos portadores de uma desigualdade intrínseca a efetivação de seus direitos. Tem-se, portanto, outro princípio intimamente ligado à dignidade humana, uma vez que considera as vulnerabilidades existentes, buscando atingir a “igualdade jurídica material e não meramente formal”.<sup>12</sup>

É preciso considerar, ainda, no que se refere ao planejamento familiar, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges ou conviventes, um princípio pautado no fato de que, na vigência da sociedade conjugal, deve prevalecer a igualdade substancial, deixando-se de lado qualquer ação discriminatória, que subjugu a mulher. Ao cuidar da proteção jurídica da família, a Constituição Federal de 1988, assim dispõe, no artigo 226: “*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”. Entretanto, na prática, como observa Heloísa Helena Barbosa:

intrincadas questões podem se originar da falta de entendimento entre os cônjuges quanto à constituição, limitação ou aumento da prole, na medida em que, em nossa cultura, têm sido atribuídas à mulher, quase que com exclusividade, as ações para tanto.<sup>13</sup>

Vê-se, por vezes, que muitas das decisões, as quais, em princípio, são tomadas em conjunto pelo casal, não raras vezes, chegam ao Judiciário, cabendo a este resolver os conflitos a elas inerentes. É o caso, por exemplo, da presunção de paternidade na reprodução

---

<sup>12</sup>MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 123.

<sup>13</sup>BARBOZA, Heloisa Helena. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. Cit., p. 162

assistida heteróloga, quando desfeita a união entre o casal, o cônjuge contesta tal condição, mesmo após ter aceitado que sua esposa fosse inseminada artificialmente pelos gametas de um suposto doador. Ou ainda, na hipótese de o cônjuge negar o consentimento necessário para tal inseminação, sendo esta um desejo da mulher. Trata-se de questões que ainda se constituem como um desafio para os operadores do Direito e que precisam ser resolvidas e apreciadas com cautela.

Ainda versando na esteira da isonomia, o planejamento familiar deverá observar a plena igualdade entre os filhos, uma vez que a Lei Máxima, no artigo 226, § 6º, assim estabelece: *“os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”*.<sup>14</sup> Trata-se de um princípio que concretiza a dignidade da pessoa humana, pois não mais poderá ser dado ao filho qualquer tratamento diferenciado em razão de sua origem. Assim sendo, como asseveram Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, *“qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal”*<sup>15</sup>

Desse modo, tem tal princípio o poder de impedir que ocorram distinções entre os filhos, pautadas na relação entre os pais ou ainda em relação à sua origem biológica ou não.

Por derradeiro, verifica-se que a Lei n. 9263/96, em consonância ao artigo 226, § 7º da CRFB/88, ao incluir o planejamento familiar no conjunto de ações previstas no art. 3º daquele dispositivo, buscou atender ao princípio que assegura o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. No que tange às técnicas de reprodução, previstas no artigo 9º da Lei n. 9263/96, estas abrangem a reprodução assistida, prevista no Código Civil de 2002, quanto à presunção de paternidade, devendo atender a todos aqueles que dela necessitarem, e, inclusive, encontrar-se disponível, gratuitamente, através do SUS (Sistema Único de Saúde).

Entretanto, não é o que comumente ocorre, até porque a visão dos tribunais pátrios acerca da obrigatoriedade do SUS em custear o tratamento de casais inférteis e, posteriormente, o procedimento de inseminação artificial não se mostra uníssona.

Há o entendimento de que o Poder Público estaria obrigado a assegurar apenas o mínimo existencial possível às pessoas economicamente hipossuficientes e de que sua atuação estaria limitada à reserva do possível, uma vez que a realização do direito social à saúde,

---

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10/10/2013.

<sup>15</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Op. Cit., p. 54.

como uma prestação positiva, estaria subordinado às possibilidades do orçamento. É o que se extrai dos seguintes julgados:

APELAÇÃO. TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*. RESERVA DO POSSÍVEL. O direito ao planejamento familiar não se enquadra no conceito de direito fundamental à saúde. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM.<sup>16</sup>

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS À REPRODUÇÃO ASSISTIDA INADMISSIBILIDADE HIPÓTESE ONDE A SAÚDE OU A VIDA DO INTERESSADO NÃO ESTÃO EM RISCO SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA RECURSO NÃO PROVIDO..<sup>17</sup>

Em contrapartida, existe o entendimento de que o planejamento familiar e, consequentemente, o direito à realização de um projeto parental esteja dentre os contemplados no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Assim sendo, caberia ao Poder Público não somente o custeio de medicamentos que cumpram esse fim, como também o acesso aos mais carentes às técnicas de Reprodução Assistida, como se verifica nas seguintes decisões:

APELAÇÃO CÍVEL OBRIGAÇÃO DE FAZER.1. Pedido de dispensação gratuita de medicação para tratamento médico (procedimento de reprodução assistida) Paciente portadora de infertilidade humana - Direito à saúde assegurado pela regra do artigo 196 da Constituição Federal, que constitui norma de eficácia imediata Dever do Estado (sentido amplo) Poder Judiciário que não se transforma em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública, mas apenas confere efetividade ao mandamento constitucional, que intenta preservar o direito de integral assistência à saúde Honorários sucumbenciais Atribuição apenas ao Município de Ribeirão Preto Inteligência da Súmula 421/STJ (instituto civil da confusão) - Procedência da ação Reforma da sentença. 2. Recurso provido.<sup>18</sup>

AÇÃO ORDINÁRIA - Fornecimento de medicamentos pela rede de saúde pública - Reprodução assistida - Garantia de direito à saúde pública - Antes de estar sujeitos a normas e procedimentos do Ministério da Saúde, os entes federativos estão sujeitos à CF (art. 196 e 198, § 1º, da CF) - Inteligência dos artigos 5º e 196, da CF – O livre exercício da sexualidade e da reprodução humanas estão contemplados dentre os direitos civis e políticos que a Constituição Federal reconheceu à cidadania - Por isso não há que serem prestigiadas interpretações restritivas - Sentença de improcedência reformada - Recurso provido.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão proferido em Apelação nº 0338995 55.2010.8.19.0001, Relatora Des. Renata Machado Cotta, Data de Julgamento: 04/11/2013, 3ª Câmara.

<sup>17</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 0003577-16.2009.8.26.0472, Relator Des. Ricardo Feitosa, Data de Julgamento: 11/11/2013, 10ª Câmara.

<sup>18</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 9000519-07.2010.8.26.0506, Relator Des. Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 02/10/2013, 12ª Câmara de Direito Público.

<sup>19</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 990.10.459954-7, Relator Des. Magalhães Coelho, Data de Julgamento: 11/01/2011, 10ª Câmara.

### 1.3. A reprodução assistida e as regras infraconstitucionais vigentes

#### 1.3.1. As normas do Conselho Federal de Medicina

O direito ao planejamento familiar encontra, em seu aspecto positivo, o direito à procriação, o qual abarca não somente a previsão de quantos filhos o casal pretende ter, como também a forma como eles serão gerados. Isto, no caso de não ser possível a concepção de forma natural, através da relação sexual. Sabe-se que a ciência, desde o final do século passado, muito avançou no campo da reprodução humana, tanto que o desejo de ter um filho biológico, outrora inviável a casais inférteis, tornou-se uma realidade cada vez mais presente. Trata-se das técnicas de reprodução assistida, as quais podem e devem ser utilizadas quando, após esgotadas todas as formas de concepção natural e todos os tratamentos possíveis, o casal não consiga seu intento.

Entretanto, embora tenha se intensificado desde o início deste século, a reprodução assistida ainda não encontra regulamentação no ordenamento jurídico pátrio. A mais recente tentativa foi o Projeto de Lei nº 1184/03, que há dez anos tramita no Congresso Nacional e que pretende normatizar a questão. Entretanto, o que existe, na prática, são alguns artigos do Código Civil, que tratam das técnicas de Reprodução Assistida e sobre os quais abordar-se-á mais adiante, e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). Estas buscam, com base na Lei de Biossegurança, disciplinar pontos importantes de tal procedimento orientando os profissionais envolvidos quanto às medidas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da Reprodução Assistida e normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício de tais técnicas.

A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina, sob o nº 1358/92, dispunha, como um de seus “Princípios Gerais”, *in verbis*:

1- As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.<sup>20</sup>

Em suas Considerações iniciais, a Resolução nº 1358/92 afirmava que a infertilidade humana, devido à sua importância, deveria ser tratada como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas. Salientava, também, que o avanço científico permitiria solucioná-la, porém seria necessário harmonizar tais técnicas com os princípios da ética médica.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.358. Publ. no Diário Oficial da União em 19/11/92, Seção I, p. 16053. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 12/11/13.

Insta salientar, nesse ponto, que, embora seja vista como uma terapia, a reprodução assistida não tem como escopo a cura da infertilidade (e não o faz); trata-se de uma forma alternativa trazida pelas inovações científicas, mas que encontra também as suas limitações. Assim sendo, tais técnicas devem ser utilizadas desde que não ofereçam quaisquer riscos às pacientes que a elas se submetem tampouco aos futuros bebês.

Outro ponto relevante encontrava-se no consentimento informado, também previsto no item nº 1, “Dos Princípios Gerais”. Tal dispositivo determinava que aos pacientes, bem como aos doadores, seriam esclarecidas, de forma detalhada, todas as questões referentes aos procedimentos. Deveriam também ser elucidados os aspectos éticos, jurídicos, biológicos e econômicos, de tal forma que, ao firmarem consentimento em documento próprio, estariam todos os envolvidos totalmente cientes de todas as implicações das técnicas de reprodução bem como das consequências trazidas por tais procedimentos.

O consentimento informado do cônjuge também seria imprescindível caso a mulher, submetida aos procedimentos de RA, fosse casada ou mantivesse união estável.<sup>21</sup>

Posteriormente, surgiu a Resolução nº 1957/10 que, em sua exposição de motivos, destacou a extrema importância da Resolução anterior, diante da inexistência de dispositivos legais sobre o assunto:

A Resolução 1.358/92 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. Porém, dezoito anos após, considerando os avanços técnico-científicos e modificações de condutas éticas por parte da sociedade, o Conselho Federal de Medicina decidiu, junto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo, revisar a resolução em comento, adaptando-a à evolução tecnológica e modificações de comportamento social.<sup>22</sup>

A referida Resolução manteve os princípios da anterior, trazendo apenas três modificações relevantes: I) passou a haver limites quando ao número de embriões transferidos.; II) todas as pessoas capazes poderiam recorrer à técnica de reprodução assistida; III) passou a ser permitida a utilização do sêmen *post mortem*, desde que tivesse ocorrido a autorização do doador.

---

<sup>21</sup> O Projeto de Lei n. 1184/03, no art. 19, II, ao tratar das infrações e penalidades decorrentes da reprodução assistida, prevê, inclusive, que a ausência de consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores constitui crime, com pena de 1 a 4 anos e multa. In: BRASIL, Projeto de Lei nº 1.184/03. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacaohtm](http://www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacaohtm). Acesso em 12.12.13.

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1957/10. Publ. no Diário Oficial da União, Seção I, p. 79, em 06/01/11. Disponível em [www.portalmédico.org.br](http://www.portalmédico.org.br). Acesso em 13/11/13.

Em abril de 2013, o Conselho Federal de Medicina aprovou nova Resolução, sob o nº 2013/13, a qual manteve o texto da anterior, trazendo poucas, porém, relevantes modificações. Em sua exposição de motivos, afirma que, tais mudanças se justificam pelas constantes transformações sociais e pela rápida evolução científica nessa área. Dentre as principais modificações encontram-se: I) a permissão para o uso das técnicas de RA por casais homossexuais ou pessoas solteiras; II) o estabelecimento de limites de idade máxima para se submeter aos procedimentos e para doação de gametas; III) o descarte de embriões criopreservados por mais de 5 anos, se esta for a vontade dos pacientes e não apenas para pesquisas com células-tronco como prevê a Lei n. 11.105/05.<sup>23</sup>

Nota-se, portanto, que a legislação vigente no Brasil não buscou ainda normatizar a reprodução assistida. Dessa forma, coube ao Conselho Federal de Medicina editar normas que viabilizassem tais procedimentos, enquadrando-os dentro dos padrões éticos em consonância a outros dispositivos, como a Lei de Biossegurança e a própria Constituição Federal de 1988. Ainda assim surgem inúmeras questões e constantes conflitos que chegam ao Poder Judiciário clamando por uma solução. Nesse sentido, deve-se entender que, diante dessa nova perspectiva tecnocêntrica que se instaurou após os avanços científicos experimentados nos últimos anos, a legalidade constitucional deve se impor atuando como um verdadeiro “filtro” para as novas possibilidades tecnológicas.

### 1.3.2. A reprodução humana e o Novo Código Civil

O Código Civil de 2002 traz, em seu artigo 1597, ao tratar da presunção de paternidade:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;  
II- nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;  
III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119, em 09/05/13. Disponível em: [www.portalmédico.org.br](http://www.portalmédico.org.br). Acesso: 13/12/13.

<sup>24</sup> BRASIL, Código Civil, Lei nº 10.406/02. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/lei/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei/2002/110406.htm). Acesso em 16/12/13.

Observa-se que o Código Civil não buscou disciplinar de forma mais detalhada a questão da reprodução assistida, tema de extrema relevância na seara civilista e do qual emergem diversos questionamentos. Assim, a opção do legislador parece ter sido a de remeter às vias ordinárias a tarefa de detalhamento de um conteúdo de extrema especificidade técnica, como se pode inferir pelo conteúdo genérico e aberto trazido pelo artigo supracitado. Miguel Reale, que participou da elaboração do Código Civil de 2002, justifica tal opção, afirmando que questões tão complexas como as que envolvem a ciência médica e a biogenética, como por exemplo, a fertilização *in vitro*, carecem de legislações específicas. O autor cita exemplos de nações como os Estados Unidos e a Inglaterra, as quais possuem legislações autônomas e específicas para tratarem do tema.<sup>25</sup>

Os incisos III a V do novo Código Civil, supracitados, tratam da técnica de reprodução artificial., ou seja, aquela que não se dá por meios naturais, via relação sexual. Quanto aos métodos artificiais, os mais usuais são: a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

De acordo com Jussara Maria Leal de Meirelles, a inseminação artificial pode ser assim definida:

(...) técnica mais antiga que consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado”. Já a fertilização *in vitro*, consiste “em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e após algumas horas ou , em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio<sup>26</sup>.

Ambas as técnicas podem se dar de duas formas: a homóloga, em que o material genético que dará origem ao embrião é oriundo do próprio casal; e a heteróloga, na qual os gametas, são provenientes de doadores. Neste caso, segundo Guilherme Calmon, poderão ocorrer três formas:

i) reprodução heteróloga unilateral *a patre* (quando o terceiro é doador de espermatozóide); ii) reprodução heteróloga unilateral *a matre* (quando a terceira pessoa é doadora do óvulo, o qual será fecundado *in vitro*, para depois ser transferido para o útero da mulher que deseja procriar); e iii) reprodução heteróloga bilateral ( quando ocorre a doação por terceiros tanto do espermatozóide como do óvulo, sendo a fertilização realizada *in vitro* e após transferido para o útero da mulher que gerará o embrião implantado)<sup>27</sup>

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em: <http://miguel.reale.com.br/artigos/ncc/nccchtm>. Acesso em 10/10/2013.

<sup>26</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

<sup>27</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 342.

Não se pode olvidar da existência da gestação de substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, a qual já trouxe e ainda vem trazendo muitas implicações jurídicas. Embora não prevista no Código Civil, tal possibilidade de reprodução assistida, disposta no item VII da Resolução 2013/13, do Conselho Federal de Medicina, somente poderá ocorrer “*caso exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.*”<sup>28</sup> Cumpre salientar que, conforme determina a própria Resolução, a doação do útero deverá ser gratuita, sendo vedado qualquer fim lucrativo; a doadora, em regra, deverá ter até 50 anos e ser parente até o quarto grau da doadora genética<sup>29</sup>.

O Código Civil de 2002, ao tratar de forma tão abrangente da reprodução assistida, chamando-a genericamente de “inseminação artificial,” trouxe dois pontos importantes que precisam ser abordados mais detidamente. O primeiro encontra-se no inciso III, o qual prevê a possibilidade de a inseminação artificial homóloga ocorrer após a morte do marido. Assim sendo, dispõe acerca de gametas masculinos criopreservados e da possibilidade jurídica de a mulher do doador, após seu falecimento, vir a utilizá-los. A Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina trata claramente dessa hipótese, afirmando, no item VIII, no tocante à reprodução assistida *post mortem* que a mesma “*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.*” Entretanto esse procedimento, embora previsto na legislação civilista, provoca discussões doutrinárias especialmente quanto à questão da autorização do doador e ao tempo para que a técnica se efetive, uma vez que gera intensos reflexos no âmbito do Direito de Família.

O segundo ponto crucial da questão encontra-se no inciso IV, ao dispor acerca dos embriões criopreservados e sobre a possibilidade de implantação dos mesmos a qualquer tempo. Surge, neste ponto, um terreno fértil para intensos embates entre os doutrinadores, uma vez que as implicações de tal procedimento também esbarram, por vezes, em consequências éticas e jurídicas, estas relevantes no Direito de Família e, em especial, no direito sucessório. Nesse ínterim, emergem questionamentos inevitáveis acerca da natureza jurídica do embrião, se o mesmo constitui-se como uma vida em potencial ou apenas fruto de material genético de propriedade dos doadores e que poderia, portanto, ser descartado a qualquer tempo.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, item VIII. p. 120, em 09/05/13. Disponível em: [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso: 13/12/13.

<sup>29</sup> Na Resolução n. 1957/10, o limite de parentesco limitava-se até o 2º grau e não havia limite de idade.

## CAPÍTULO II - O NASCITURO E O EMBRIÃO: SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

### 2.1. O Nascituro e o direito à vida

A Constituição Federal determina, em seu artigo 5º, que deve ser garantida a todos a inviolabilidade do direito à vida. Mas, como falar em direitos referentes a quem nem mesmo nasceu? Para responder a essa intrincada questão, que há tempos persegue o direito, é preciso inicialmente buscar a definição de “nascituro”. Termo que, muitas vezes, apresenta-se no campo jurídico como sinônimo de “embrião”, nascituro é o ser que, a partir da concepção, encontra-se apto para desenvolver-se. Muitos doutrinadores o diferenciam de embrião, afirmando que a condição de nascituro somente se daria a partir de sua implantação no útero materno. Trata-se, pois, de uma vida em desenvolvimento, que virá a nascer e, portanto, carece de proteção jurídica.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira leciona que: *“Recusar ao nascituro o direito à vida, a rigor, importa recusar-lhe qualquer direito.”*<sup>30</sup> Isso porque, como vida intra-uterina que é, merece a tutela do direito. Desse modo, qualquer tentativa contra o seu desenvolvimento caracteriza-se como crime, como no caso do aborto, o qual sofre as reprimendas não somente sociais como também do Código Penal. Não se pode olvidar, entretanto, que o direito busca tutelar a vida em maior ou menor potencial: assim tem-se a vida intra-uterina, o nascituro, ser já concebido e em expectativa de nascimento e o ser que já nasceu, dotado de personalidade jurídica. O atentado contra a vida deste configura-se como homicídio, o qual sofre maior reprimenda do direito penal, uma vez que as penas cominadas para este tipo de crime são maiores que as previstas para aquele.

Assim, lembra o doutrinador que, ao se falar em “direito à vida”, não teria o legislador a pretensão de tutelar o direito de se viver indefinidamente ou o de permanecer vivo durante determinado lapso de tempo, o que seria incompatível com a realidade humana. Ele afirma ainda: *“pode-se e deve-se conceber o direito à vida, em última análise, como o direito de não tê-la abreviada por ato voluntário (não necessariamente intencional) de outrem”*<sup>31</sup>. E é exatamente nesse sentido que se deve perquirir acerca dos direitos concernentes ao nascituro: o primeiro deles, o direito à vida, o qual configura-se como indisponível, e os demais, provenientes deste, e que reafirmam a sua condição de “ser” tutelado pelo direito.

<sup>30</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v.7, . n. 34, Porto Alegre:IBDFAM.2006, p. 148.

<sup>31</sup> *Idem*. p. 150.

## 2.2. A proteção jurídica do nascituro

### 2.2.1. O Nascituro no Código Civil de 2002

O artigo 2º do Código Civil determina: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”.

Torna-se evidente que a legislação civilista não confere ao nascituro a chamada “personalidade”, pois como determina literalmente o dispositivo, esta se inicia apenas a partir do nascimento com vida. Trata-se de intrigante tema, o qual fora objeto de estudos e de verdadeiros embates por parte de doutrinadores e operadores do direito.

José Carlos Barbosa Moreira assim leciona:

No direito romano, e mesmo em legislações modernas, a aquisição da personalidade requeria, além do nascimento com vida, a viabilidade, isto é, a normal aptidão do neonato, dada sua compleição anatômica e fisiológica, para continuar vivo por certo tempo.”<sup>32</sup>

Insta salientar, entretanto, que o ordenamento jurídico pátrio não observa tal requisito, já que o mínimo intervalo entre o nascimento e a morte configura-se como bastante para que seja consubstanciada a personalidade, o que apresenta reflexos significativos, em especial, no direito sucessório.

Antes mesmo de o Código Civil enfrentar este intrincado tema, três correntes<sup>33</sup> já se instauravam acerca do início da personalidade. A primeira, conhecida como concepcionista, parte do pressuposto de que a vida se inicia a partir da concepção. Nesse sentido, uma vez concebido, o ser já é pessoa e, como tal, detém personalidade, sendo sujeito de direitos. São adeptos dessa teoria Teixeira de Freitas, Silmara Chinelato e Francisco Amaral.

Já a teoria da personalidade condicionada da qual são adeptos Serpa Lopes, Washington de Barros e Arnaldo Wald, sustenta que a personalidade começa com a concepção, porém existe uma condição suspensiva: o nascimento com vida. Este, vindo a ocorrer, os efeitos da personalidade retroagem à data da concepção.

Por fim, a teoria natalista determina que ela tem início a partir do nascimento com vida. No tocante ao ente que está por nascer, para os adeptos dessa teoria, não se pode considerá-lo como indivíduo, mas tão simplesmente como aquele que possui a expectativa de

---

<sup>32</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v.7, . n. 34, Porto Alegre:IBDFAM.2006, p.149.

<sup>33</sup>Cf. BORGES, Janice Silveira. *Dignidade do ente por nascer*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III : princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. .99- 100.

vir a sê-lo e, sendo assim, os seus direitos encontram-se em estado potencial. É o entendimento de doutrinadores como Sílvio Rodrigues, Pontes de Miranda e Eduardo Espínola.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria natalista, uma vez que deixa claro que a aquisição da personalidade se dá com o nascimento com vida. Contudo, a segunda parte da legislação civilista afirma que ao nascituro cabem direitos os quais devem ser postos a salvo. Há portanto, uma aparente dissociação entre “personalidade civil” e “titularidade de direitos”. Como reconhecem José Luiz Quadros de Magalhães e Tatiana Ribeiro de Souza, não deve haver conexão jurídica entre ambas, uma vez que o Direito tem de avançar com a sociedade. Afirmam ainda os autores que *“pelo direito positivo, o Código de Processo Civil reconhece, no art. 12, a massa falida, a herança jacente, o espólio, o condomínio, como podendo ser parte no processo”*<sup>34</sup>

Deve-se também observar que o próprio Código Civil traz, em diversos artigos, regras que tratam de direitos do nascituro como, por exemplo, o artigo 542 – que dispõe acerca da doação, a qual terá validade se aceita por seu representante legal. Tem-se ainda o artigo 1.609, que trata do reconhecimento do filho antes mesmo de seu nascimento; o artigo 1.779 quanto à previsão de curador para o nascituro e o artigo 1.798 o qual o legitima à sucessão. Deve-se, pois, atentar para o fato de que a segunda parte do artigo 2º funciona como um “princípio geral de direito”<sup>35</sup> o qual busca alcançar todos os interesses referentes a um ser que, por si só, destarte sua fragilidade, tem direito à vida e, conseqüentemente, ao respeito de sua dignidade.

Nesse sentido, a jurisprudência tem admitido, em favor do nascituro, formas de proteção não disciplinadas em lei, como no caso de investigação de paternidade, em que lhe é conferida a propositura da ação, como se pode verificar pelo teor do seguinte julgado:

INVESTIGACAO DE PATERNIDADE. NASCITURO. CAPACIDADE PARA SER PARTE. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores

---

<sup>34</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. N. 34. p. 156.

<sup>35</sup> Pontes de Miranda, ao se referir ao art. 4º, 2ª parte do Código Civil de 1916, texto correspondente ao atual art. 2º do Código Civil de 2002. v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1954-59, t. I, p. 178.

tem direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1621 do Código Civil.<sup>36</sup>

Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento de não conferir personalidade ao nascituro, assegura-lhe direitos, os quais não se limitam apenas em artigos específicos. Isso porque o próprio artigo 2º, em sua segunda parte, não discrimina quais seriam esses direitos merecedores de tutela estatal. Interessa afirmar, por conseguinte, que, partindo da premissa maior de que o nascituro tem direito à vida, tal direito abarcaria todos os dele advindos merecendo, pois, a devida proteção legal.

### 2.3. O estatuto jurídico do embrião

#### 2.3.1. A formação do embrião humano e seu *status* jurídico

Parece consensual que a vida se inicia a partir da concepção através da união dos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo), através de um processo denominado fecundação. Assim sendo, tomando emprestado conceitos de outros campos do saber, como a Biologia, tem-se a definição de que o óvulo fecundado antes de sua implantação no útero materno chama-se “zigoto”. O embrião, por sua vez, é o ser em desenvolvimento desde sua implantação no útero até oito semanas subsequentes à fecundação, recebendo, logo em seguida, a denominação de “feto”, a qual se conservará até o nascimento.<sup>37</sup>

Nesse sentido, assevera Nerman Nys que haveria um problema terminológico, pois costuma-se utilizar o termo “embrião” de maneiras distintas, o que estaria equivocado uma vez que só haveria embrião a partir da implantação do zigoto no útero materno, pronto para recebê-lo e no qual se desenvolveria.<sup>38</sup> Simplificando, a entidade em desenvolvimento durante os primeiros quatorze dias a partir da fecundação, o zigoto, seria ainda desprovida de cérebro, pois somente a partir desse lapso temporal começar-se-ia o desenvolvimento do sistema nervoso e, posteriormente, da atividade cerebral.

Destarte as confusões terminológicas que se instauraram, parece que convencionou-se adotar, em termos jurídicos, o vocábulo “embrião” tanto para a vida em formação inicial intra-uterina quanto a que começa após a concepção através da fecundação artificial *in vitro*. Nota-se, portanto, que a concepção de “nascituro” poderia abarcar ambos os conceitos,

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 583052204, Relator Des. Athos Gusmão Carneiro, Data de Julgamento: 24/04/1994, 1ª Câmara.

<sup>37</sup> NYS, Herman *Experimentação com embriões*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Biotechnologia, direitos e bioética*. Belo Horizonte: PUC-Mins/Del Rey, 2002. p. 177.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 159-160.

porém, o embrião humano não recebeu notoriamente a tutela positivada na lei. Como assevera Jussara Maria Meirelles:

A ordem legislativa civil reconhece os seres humanos nascidos como pessoas naturais, protegendo-lhes os direitos. Também põe a salvo os interesses dos nascituros (concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas, ao nascerem com vida). Por fim, assegura vantagens à chamada prole eventual, que diz respeito aos seres humanos ainda não concebidos. (...) Os embriões concebidos e mantidos em laboratório mostram-se estranhos ao modelo clássico. Não são pessoas naturais, pois inexistente o nascimento com vida; também não são pessoas a nascer (nascituros), mas nem por isso é possível classificá-los como prole eventual (a ser concebida), posto que concepção já houve.<sup>39</sup>

Por ser tratar de tema deveras complexo e que envolve aspectos que não se limitam ao Direito, as questões concernentes aos embriões carecem de tutela especial. No tocante a essa tentativa, como já fora abordado, existe o Projeto de Lei nº 1184/03, o qual pretende disciplinar a reprodução humana assistida. Entretanto, o que se tem hoje, em termos práticos, são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais não dão conta de todas as lacunas, especialmente em termos jurídicos.

Isso posto, faz-se mister salientar que a existência de embriões *in vitro* advinda dos avanços científicos dos métodos de reprodução humana, os quais se intensificaram nas últimas décadas, representa uma realidade nova, a qual precisa ser enfrentada pelo direito. Isso porque dessa nova possibilidade de fertilização advieram outras situações, as quais necessitam de limitações e enfrentamentos, até porque delas surgem implicações em outros ramos do direito. Trata-se, pois, de observar o direito à vida desses embriões, os quais como já fora observado, constituem-se como pessoa em potencial a qual merece tutela do direito.

Entretanto, como observa Jussara Maria Leal de Meirelles, existem tentativas forçadas as quais se mostram insuficientes no sentido de realizar uma interpretação extensiva das técnicas de reprodução assistida *in vitro*, adequando-as ao sistema clássico existente, ou seja, aos parâmetros tradicionais. Isso porque, como observa a autora :

De acordo com a orientação tradicional, haveria o reconhecimento da personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, o que parece pretender caracterizá-lo, tal qual o nascituro, a titular de direitos subordinados à condição. Essa condição seria de eficácia suspensiva (implantação no útero) ou resolutive (não implantação); ou, ainda, dúplice, ou seja, suspensiva (nidação) e resolutive (nascimento com vida), dependendo do posicionamento adotado perante a subjetividade jurídica do novo ser.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.165.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 166.

Assim sendo, não se deve, “sob o manto de um pretense amparo” buscar uma forçosa adequação dessa nova realidade ao arrepio de reflexões mais detidas acerca do tema. É certo, pois, que, ao se subordinar o *status* jurídico do embrião a determinadas condições, depender-se-á do desejo e do interesse de outrem, ou seja, das pessoas diretamente interessadas no projeto parental. Com isso, surgem questões deveras importantes tais como o tratamento jurídico a ser dispensado aos embriões não aproveitados nas técnicas de inseminação, os quais são denominados excedentes e que, para sua manutenção, são congelados e por anos ficam sob cuidado das clínicas especializadas em reprodução humana. Mais ainda, que tais embriões seriam propriedade daqueles que os desejaram e que, portanto, teriam o livre arbítrio para decidir sobre seu destino.

Nesse sentido, observam Magalhães e Souza:

O Direito que pode responder aos desafios contemporâneos deve ser principiológico, construído no caso concreto, e logo com forte participação do Judiciário na construção da norma para o caso, o que nos remete à preocupação com o acesso da justiça, à igualdade real entre as partes no processo e à formação dos membros do Judiciário.<sup>41</sup>

### 2.3.2. A questão dos embriões excedentários

A técnica de fertilização *in vitro* consiste na fecundação de óvulos em laboratório com o sêmen também obtido clinicamente. Trata-se de um procedimento, como afirmam os especialistas, de certa forma incômodo e doloroso, pois a mulher recebe medicações que estimulam a ovulação e, a partir desta, são pinçados os óvulos que poderão ser fertilizados. Em vista disso, para que a técnica alcance maiores chances de sucesso e para que a mulher não precise a ela se submeter várias vezes, obtém-se um certo número de embriões, dentre os quais não se poderá prever a quantidade dos que apresentarão desenvolvimento inicial compatível para que sejam transferidos ao útero materno, os chamados “embriões viáveis”.

Dentre os embriões obtidos, entretanto, mesmo os que se encontram prontos para a implantação, há os que não podem ser transferidos, uma vez que as normas que regulam a questão delimitam esse quantitativo, com o objetivo de se evitar a chamada gravidez múltipla. É o que se extrai da Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13, no item I. 6, atualmente em vigor:

---

<sup>41</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *Os Direitos do Nascituro: Vida e Pessoa*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 34, p. 156.

O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões. d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.<sup>42</sup>

Nesse sentido, Jussara Maria Leal de Meirelles observa que:

Entre os embriões obtidos, portanto, alguns não são transferidos ou porque não apresentam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluírem normalmente, ultrapassam o número máximo recomendável à transferência por ciclo, fixado para evitar a gestação múltipla com risco de aborto, parto precoce e outras complicações.<sup>43</sup>

Denominam-se “excedentes”, portanto, os embriões que, a partir da concepção não serão implantados no útero materno, ou seja, aqueles que “sobram” desse procedimento e, por isso devem ser guardados para possível e posterior utilização. Observa, ainda a autora que *“Os embriões não transferidos, denominados excedentários, constituem séria questão que assume contornos éticos, sociais e jurídicos”*.<sup>44</sup> Isso porque o destino destes parece encontrar-se atrelado ao de outrem, ou seja, uma vez congelados, serão implantados quando e se houver conveniência dos envolvidos no projeto parental.

A própria Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13 determina alguns pontos relevantes, no item V, o qual trata da “Criopreservação de Gametas e de Embriões”, tais como:

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados. O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

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

4- Os embriões criopreservados por mais de 5 anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.<sup>45</sup>

Do dispositivo acima transcrito, deve-se observar alguns pontos extremamente relevantes: a) os pacientes decidem quantos embriões serão transplantados a fresco; b) além do consentimento informado, haverá a declaração de vontade expressa quanto ao destino dos

<sup>42</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119-121, em 09/05/13. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 13/12/13.

<sup>43</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. p. 164.

<sup>44</sup> *Idem*. p. 165.

<sup>45</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119-121, em 09/05/13. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 13/12/13.

embriões criopreservados em casos de dissolução do vínculo entre o casal, doenças graves ou ainda se desejam doá-los; c) a possibilidade de descarte dos embriões criopreservados por mais de 5 anos, de acordo com a vontade dos pacientes. Nesse sentido, surgem inevitáveis questionamentos como: seriam os embriões criopreservados uma propriedade? E, nesse caso, não se estaria reduzindo-os ao *status* de “coisa” propriamente dita?

Suzana Stoffel Albano afirma que, nos Estados Unidos, a partir de casos concretos os quais buscavam uma solução para o problema da propriedade de embriões criopreservados, os tribunais acabaram por estabelecer que estes deveriam ser considerados como propriedade.<sup>46</sup>

Contudo, no Brasil, lembra a autora, a questão ainda apresenta-se controversa sendo que a doutrina majoritária não os considera dessa forma. Afirma também que ainda não existem casos nos tribunais brasileiros litigando a posse de embriões, entretanto se situações semelhantes às ocorridas nos Estados Unidos da América<sup>47</sup> aqui se apresentassem, provavelmente o juiz, por analogia, determinaria a guarda dos embriões congelados à mãe, por ser aquela que pode levá-los a termo. Assim sendo, o tribunal, de certa forma, estaria tratando embriões como crianças e não como propriedade. Nesse caso, esbarrar-se-ia em outro problema: seria possível a expectativa quanto ao pagamento de pensão alimentícia? E por quanto tempo? Vê-se, portanto, que a temática ora enfrentada a cada viés que se analisa, surgem novos contornos os quais precisam ser observados.

Apesar de novas e ainda insipientes, as reflexões acerca do destino dos embriões excedentários tornam-se por vezes polêmicas. Sabe-se que a Resolução supracitada determina que aos casais cabe a decisão quanto ao destino dos embriões, entretanto as clínicas devem preservá-los pelo tempo que aqueles desejarem, não cabendo a elas decidir quanto ao futuro dos mesmos. Tal questão já encontra respaldo nos tribunais pátrios, como se pode extrair da seguinte decisão:

DANOS MORAIS – Pleito de indenização pela perda/descarte de pré-embriões criopreservados em Hospital Público – Descarte ou perda, sem o consentimento do casal, que pretendia ter outro filho, por inseminação *in vitro* – Documentos e informações técnicas a revelar que a criopreservação realmente aconteceu, mas não de quatro pré-embriões, mas de dois pré-embriões, uma vez que estavam no estágio de desenvolvimento (blastocisto inicial) próprio para o congelamento – Prova testemunhal que não infirmou os documentos apresentados – Valor pleiteado, no

---

<sup>46</sup> ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Reprodução Assistida: os Direitos dos Embriões congelados e daqueles que o geram*. In: Revista Brasileira de Direito de família. n. 34, p. 82-83.

<sup>47</sup> A autora cita como exemplo o caso Davis vs Davis, em que o “pai” dos embriões criopreservados divorciado da esposa, disputava a guarda dos embriões afirmando serem estes sua propriedade.

entanto, que ora é reduzido a R\$20.000,00 (vinte mil reais – Sentença de improcedência reformada - Recurso parcialmente provido.<sup>48</sup>

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de utilização dos embriões criopreservados para fins de pesquisa e terapia, a qual encontra-se prevista na Lei Nº 11.105/05, a Lei de Biossegurança que, em seu art. 5º assim dispõe:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.<sup>49</sup>

A recente Resolução do Conselho Federal de Medicina, sob o nº 2013/13 prevê também o descarte de embriões, entretanto este não se limita apenas ao uso em pesquisas com células-tronco. Além disso, estende o prazo estabelecido que, na Lei nº 11.105/05 é de 3 anos, nos seguintes termos:

4- Os embriões criopreservados por mais de 5 anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

Entretanto, cabe indagar acerca da possibilidade de utilização dos embriões humanos em tais pesquisas. É certo que não se pode conceber, como argumentam os que lhes são favoráveis, que os embriões estejam fadados ao esquecimento, congelados por anos sem perspectivas de quando serão aproveitados. Entretanto, também não se pode tratar o embrião que, como já fora abordado, constitui-se em vida humana, à simples condição de coisa a qual pode ser manipulada e cujo destino esteja a cargo de outrem.

Ainda nessa perspectiva, Jussara Maria Leal de Meirelles, leciona que:

No que concerne à doação de embriões excedentes de um projeto parental específico, muito embora aproxime-se da finalidade das técnicas de reprodução humana assistida, qual seja a busca de soluções à infertilidade, evidencia os seres embrionários como coisas passíveis de negociação<sup>50</sup>.

<sup>48</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 0212660-67.2008.8.26.0000, Relator Des. Antônio Carlos Malheiros, Data de Julgamento: 07/08/2012, 3ª Câmara de Direito Público.

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 11.105/05. Lei de Biossegurança. Disp. em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em 13/10/2013.

<sup>50</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Op. Cit. p. 174.

A autora adverte, ainda, que, embora a adoção possa ser uma alternativa para o imenso contingente de embriões criopreservados que se acumulam nos bancos destinados a esses fins, há de se indagar quanto à sua aceitabilidade ética, uma vez que poderia sujeitar os futuros “adotandos” aos riscos do congelamento e do descongelamento a fim de atender aos desejos de supostos adotantes. Nesse sentido, afirma que: *“Ademais, poderia implicar instrumentalização de seres humanos, porquanto a fecundação poderia estar direcionada a ‘fabricar’ uma criança para destiná-la à adoção, ainda em estado embrional”*.<sup>51</sup>

Diante do exposto, pode-se afirmar que devido às semelhanças entre os embriões humanos e as pessoas nascidas, uma vez que estas também se originaram de um embrião, pode-se-lhes conferir, não a personalidade, como fora visto alhures, mas a condição de vida que carece de proteção. Nesses termos, como aduz Jussara Maria Leal de Meirelles:

O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas asseguradas constitucionalmente.<sup>52</sup>

#### 2.3.2.1. O direito à vida dos embriões e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.510-0

Retornando à questão das pesquisas com células embrionárias, previstas na Lei Nº 11.105/05, em 5 de março de 2008, coube ao Supremo Tribunal Federal enfrentar essa tormentosa questão, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF proposta pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, tendo como objeto o art. 5º da Lei de Biossegurança, *in supra*. Impugnava-se pela inconstitucionalidade desse dispositivo, uma vez que o mesmo representaria uma violação ao direito à vida, direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, argumentou o autor da ação que os dispositivos impugnados contrariam *"a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana"*<sup>53</sup>

Sustentou, ainda, que:

---

<sup>51</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 174.

<sup>52</sup> *Idem*. p. 175

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julg. 29/05/2008. fl. 12.

a) a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um *ser humano embrionário*; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.<sup>54</sup>

Devido à relevância do tema e, com o intuito de obter auxílio técnico e científico, o Ministro Relator Ayres Britto, com base no art. 9º da Lei Nº 9.868/99<sup>55</sup>, convocou Audiência Pública, a qual contou com a presença de 22 autoridades científicas brasileiras<sup>56</sup> com o objetivo de dirimir a questão.

O Ministro Relator julgou improcedente a ação, baseando seu voto nas palavras da cientista Mayana Zatz :

---

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julg. 29/05/2008. fl. 12.

<sup>55</sup> BRASIL, Lei nº 9.868/99, dispõe sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade e sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 9º, parágrafo 1º – “Em caso de necessidade de esclarecimento da matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

<sup>56</sup> Em favor das pesquisas com células-tronco embrionárias estavam: Mayana Zatz, Geneticista, professora titular da Universidade de São Paulo e presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular. Estudiosa das células-tronco; Rosália Mendez-Otero, Médica pesquisadora, professora titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro; estuda o uso de células-tronco para o tratamento de derrames; Luiz Eugênio Araújo de Mello, Médico pró-reitor de Graduação da Unifesp, vice-presidente da Federação das Sociedades de Biologia Experimental; Lygia da Veiga Pereira Biofísica, professora associada da USP, com experiência em genética humana; Antonio Carlos de Carvalho, Médico, doutor em Ciências Biológicas; Patrícia Helena Pranke, Farmacêutica, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e presidente do Instituto de Pesquisa com Célula-Tronco; Stevens Kastrup Rehen, Neurocientista, Presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências e Comportamento; Ricardo Ribeiro dos Santos, Médico, pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz. Estuda terapia de células-tronco para doenças degenerativas; Débora Diniz, Antropóloga, diretora-executiva da ONG Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) Júlio César Voltarelli, Professor titular do Departamento de Clínica Médica da Universidade de São Paulo (USP) e coordenador da Divisão de Imunologia Clínica; Moisés Goldbaum, Médico, professor do Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo. Atua na área de saúde coletiva, com ênfase em epidemiologia e desigualdades sociais; Lúcia Braga, Neurocientista, presidente e diretora-executiva da rede Sarah de hospitais e foi convidada para o evento por meio da Presidência da República. As autoridades científicas contra as pesquisas com células tronco embrionárias foram: Rogério Pazetti, Pesquisador, Biólogo por formação, trabalha na área de cirurgia torácica experimental para o tratamento de enfisema pulmonar e isquemia; Alice Teixeira Ferreira, Médica veterinária, pesquisadora e professora de biofísica da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp); Cláudia Batista, bióloga, professora da UFRJ, estuda o uso de células-tronco adultas na regeneração de lesões e no tratamento do mal de Huntington por reposição celular; Elizabeth Cerqueira, Médica, Coordenadora do Centro de Bioética do Hospital São Francisco e ex-secretária de Saúde de Jacareí; Herbert Praxedes, Médico, professor emérito e Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense (UFF); Lillian Piñero Eça, Biomédica, Doutora em Biologia Molecular pela Unifesp e Coordenadora do Curso de Células Tronco Adultas do Centro de Estudos Universitários (CEU); Antonio José Eça, Psiquiatra Diretor de Recursos Humanos do Células-Tronco Centro de Atualização em Saúde (CAS); Lenise Aparecida Martins Garcia, Farmacêutica e bioquímica, Professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília; Marcelo Paulo Vaccari Mazzetti, Médico, Especialista em cirurgia plástica e craniomaxilofacial. Vicepresidente do Instituto de Pesquisa de células-tronco; Derval da Silva Brandão, Médico, Especialista em ginecologia e obstetrícia e membro emérito da Academia Fluminense de Medicina. In: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=46341>, Acesso em 10/10/2013.

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana para formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero.<sup>57</sup>

É certo que, no caso da reprodução assistida não haverá vida se não houver a intervenção humana. Entretanto, conforme já fora abordado, a partir do momento em que se encontram os gametas masculino e feminino, ou seja, a partir da concepção realizada na célula embrionária, existe vida em potencial. Assim sendo, embrião, por si só, é uma vida.

Soma-se a isso o fato de que não há como prever que tais embriões nunca serão inseridos no útero, pois se foram armazenados com o fim de uma suposta procriação, podem ser, a qualquer momento utilizados se este for o desejo dos pacientes. Ademais os embriões aos quais a cientista se refere não são inviáveis, pois estes não são sequer congelados.

Nesse sentido, parece contraditório o embasamento do voto do Ministro relator pautado nas palavras de Débora Diniz:

O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica<sup>58</sup>.

Entretanto, a inviabilidade não pode ser confundida com o diagnóstico pré-implantacional, visto que este identifica questões genéticas patológicas, o que não significa incompatibilidade com a vida. A inviabilidade sim, é a notória incompatibilidade, todavia estes embriões são logo descartados não sendo, portanto, criopreservados. Este é o posicionamento da Sociedade Brasileira Reprodução Assistida: *“Estes embriões perderam qualquer capacidade biológica de gerar uma vida, não serão congelados e nem poderiam, evidentemente, ser utilizados para qualquer pesquisa com células tronco embrionárias”*<sup>59</sup>.

Ainda no tocante aos argumentos levantados pelo Ministro Relator, encontram-se: a) o de que o embrião somente é ser humano a partir da implantação no útero materno, merecendo, pois, proteção jurídica do Código Civil enquanto que o embrião *in vitro*, embora seja uma vida em potencial, não tem qualquer expectativa de nascer; b) de que o aborto só ocorre se há

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min. Ajres Brito. Julg. 29/05/2008. fl. 17-18.

<sup>58</sup> *Idem*. p.33

<sup>59</sup> Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida. Anais do XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida da SBRA. Disponível em: [www.sbrh.org.br/boletim/n.1/jan.fev.mar..2013.pdf](http://www.sbrh.org.br/boletim/n.1/jan.fev.mar..2013.pdf). Acesso em 14/11/2013.

vida intra-uterina, não se aplicando ao caso em questão; c) a personalidade é predicado de quem é pessoa em uma dimensão biográfica<sup>60</sup>, mais que simplesmente biológica.

Sintetiza seu entendimento, na seguinte afirmação: “*o embrião é o embrião, o feto é o feto é a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose*”<sup>61</sup>.

Assim toda a fundamentação do voto do Ministro Ayres Britto baseia-se na ideia de que o embrião não implantado no útero não adquire *status* de pessoa e, portanto, não pode ter seus direitos reconhecidos.

Por tudo o que se observou até aqui e, invocando os princípios constitucionais outrora elencados para a proteção do embrião como vida humana, com o devido respeito ao eminente Ministro, não se pode concordar com os equívocos de tal posicionamento.

Percebe-se que, sob o manto de que tais pesquisas, em detrimento da preservação da vida dos embriões criopreservados, buscam prolongar e melhorar a qualidade de vida das pessoas que padecem de enfermidades, procurou o Ministro justificar o voto proferido.. Assim, observa o relator que a escolha da Lei de Biossegurança, “*não significou desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio*”.<sup>62</sup>

Em consonância ao entendimento do Ministro relator opinando pela improcedência da ação, se manifestaram as Ministras Carmem Lúcia e Ellen Gracie os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Em entendimento diverso, votaram os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, manifestando-se, em parte, pela inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito trouxe clara a definição de embriões inviáveis, com se pode aduzir, *in verbis*:

A expressão ‘embriões inviáveis’ seja considerada como referente àqueles insubistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a vinte e quatro

---

<sup>60</sup> “Vida no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva.”Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Ed.Malheiros, 2004, p.196.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min.Ayres Britto. Julg. 29/05/2008. fl. 20.

<sup>62</sup> *Idem*, fl. 21.

horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco<sup>63</sup>.

Em relação aos embriões congelados, o Ministro traz a alternativa de que as pesquisas sejam realizadas sem que se afete a integridade dos embriões, ou seja, sem destruí-los ou comprometer-lhes o desenvolvimento. Prevê, ainda que haja maior fiscalização quanto aos procedimentos de fertilização *in vitro* e também quanto aos embriões oriundos de tais técnicas.

O Ministro Lewandowski destacou a importância de que se estabeleçam limites éticos e jurídicos para que se evite a “coisificação do ser humano”. Afirmou ainda que, no plano jurídico positivo, deve-se adotar o marco da concepção para estabelecer o início da vida de acordo com o art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica, o qual, segundo posicionamento do próprio STF, apresenta caráter supralegal: “Art.4º. *1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*”.<sup>64</sup>

Destaca, ainda, que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção iniciada “quer *in útero*, quer *in vitro*”. Afirmar, em seguida, que o critério a ser observado na utilização de embriões criopreservados em pesquisas deve compatibilizar-se com a definição de inviabilidade. Nesse sentido, leciona que:

Quer dizer, enquanto tiverem potencial de vida, ou, por outra, enquanto for possível implantá-los no útero da mãe de que provieram os oócitos fertilizados ou no ventre de mulheres inférteis para as quais possam ser doados, a destruição de embriões congelados, a meu sentir, afigura-se contrária aos valores fundantes da ordem constitucional. Quem deu azo à produção de embriões excedentes, assepticamente denominados de “extranumerários”, há de arcar com o ônus não só moral e jurídico, mas também econômico, quando for o caso, de preservá-los, até que se revelem inviáveis para a implantação *in anima nobile*.<sup>65</sup>

Por derradeiro, o Ministro Lewandowski observa a possibilidade de que sejam extraídas uma ou duas células dos zigotos sem que os mesmos sofram qualquer dano. Somente nesse sentido, as pesquisas com tais células seriam viáveis.

O ministro Eros Grau adotou o mesmo entendimento dos Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, entretanto votou pela constitucionalidade do art. 5º, destacando três

---

<sup>63</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julg. 29/05/2008. fl. 83.

<sup>64</sup> BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Portal da Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l3071.htm). Acesso em 14/11/2013.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min. Ayres Brito. Julg. 29/05/2008. fl.66.

ressalvas: A) as pesquisas e terapias devem ser autorizadas por Comitê de Ética e Pesquisa do Ministério da Saúde; B) o termo “fertilização in vitro” refere-se exclusivamente à terapia de infertilidade humana, proibida a seleção genética e limitando o número máximo de embriões implantados; C) a obtenção de células-tronco a partir de embriões criopreservados só poderá ocorrer se esta não significar a sua destruição.

Diante da complexidade do tema e ousando discordar do posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal acerca da questão acima exposta, faz-se mister observar que as normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com os princípios por elas estabelecidos e que, a partir da Carta Magna, fundamentam todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido, afirma Jussara Maria Leal de Meirelles:

Em face da semelhança entre os embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afastá-los da valorização personalista que emerge do texto constitucional. O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humana assegurado constitucionalmente. Assim, a exploração comercial, a atribuição de preço para o tráfico de embriões, a eugenia, o uso de seres embrionários em cosmetologia, a ‘fabricação’ de órgãos de embriões para futuros transplantes, a utilização de embriões em pesquisas de natureza diversa à proteção de sua vida e de sua saúde, e a eliminação pura e simples dos embriões excedentes aos projetos científicos.<sup>66</sup>

A autora salienta ainda que a questão dos embriões deve ser vista como de titularidade difusa, uma vez que não interessa somente aos diretamente envolvidos, mas a toda a coletividade. Nesse sentido, assevera:

Ao se reconhecer nos seres embrionários natureza e valor próprios da pessoa humana, toda e qualquer atividade prejudicial ao seu saudável desenvolvimento atinge o bem jurídico vida assegurado, não só a eles, serem embrionários, mas a toda a sociedade.<sup>67</sup>

Cumprido, portanto, ressaltar que a tutela jurídica ao embrião, embora não se encontre prevista expressamente no ordenamento jurídico pátrio, deve encontrar respaldo na própria Constituição Federal, e em seus princípios axiológicos de tal forma que, à luz do direito, seja possível garantir-lhes a devida e correta proteção frente a questões jurídicas. Estas, em especial, revelam-se no tocante aos direitos sucessórios, os quais, com os avanços tecnológicos e o acesso cada vez maior das novas técnicas de reprodução assistida inevitavelmente chegarão aos Tribunais.

---

<sup>66</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. p. 174-175.

<sup>67</sup> *Idem*. p.176.

## CAPITULO III - OS INTERESSES SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

### 3.1. Aspectos gerais

Com o surgimento das novas técnicas de reprodução assistida, houve uma verdadeira revolução no ramo da biomedicina abrindo novos horizontes aos casais inférteis, mas não se pode negar os reflexos dessas mudanças no campo do direito, em especial, no direito de família e das sucessões. Assim sendo, surgem novas questões que precisam ser respondidas pela doutrina e pelos operadores do direito, de modo a solucionar possíveis conflitos inerentes a cada caso. Conflitos estes que, inevitavelmente, começam a surgir, demandando respostas do Judiciário.

O artigo 1597 do Código Civil, ao dispor sobre a filiação presumida, repetiu os dois primeiros incisos do artigo 338 do Código Civil de 1916, os quais tratam da presunção de paternidade resultante da conjunção carnal. A inovação surgiu em relação aos incisos posteriores que trouxeram a possibilidade de reconhecimento de paternidade mediante as técnicas de reprodução assistida:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
(...)  
III- havidos por fecundação artificial homologa, 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 previa autorização do marido.<sup>68</sup>

Entretanto, percebe-se que esse dispositivo legal tratou vagamente da questão, inclusive trazendo certa confusão terminológica, pois nos incisos III a V, como observa Anna de Moraes Salles Beraldo: “ ora se refere à fecundação artificial, ora à concepção artificial, ora à inseminação artificial”.<sup>69</sup> A autora esclarece que, em busca de elucidar a questão, o Conselho de Justiça Federal elaborou o Enunciado número 105, o qual estabelece que tais expressões devem ser interpretadas como “técnicas de reprodução assistida”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup>BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm), Acessado em: 16/12/13.

<sup>69</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 52.

<sup>70</sup>BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 105 – “Art. 1597. As expressões ‘fecundação artificial,’ ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes respectivamente dos incisos III, IV e V do art. 1597

Como já foi dito, a justificativa para que o Código Civil tenha tratado da questão de forma tão tímida funda-se na necessidade de que haja legislação específica sobre o tema. Entretanto, na ausência da mesma, a doutrina tem buscado estudá-lo à luz da Constituição Federal, baseando-se nos princípios por ela elencados e procurando antever situações as quais poderão chegar brevemente aos Tribunais pátrios. Todavia, não há uma posição uníssona, uma vez que a temática da reprodução assistida gera diversas outras questões, as quais trazem sem si relevantes implicações jurídicas.

Nesse sentido, um dos problemas mais discutidos acerca da reprodução humana assistida encontra-se no campo dos direitos sucessórios. Isso porque existem divergências doutrinárias desde a hipótese de inseminação artificial *post mortem* até a possibilidade de o embrião vir a ser um eventual herdeiro de um pai pré-moriente.

### 3.2. A reprodução assistida *post mortem*

A possibilidade de utilização de métodos não naturais de reprodução, com o objetivo de realização de um projeto parental, encontra-se intimamente ligada ao conceito de família trazido pela Constituição Federal de 1988. Desse novo conceito, surge a visão eudemonista de família, a qual emerge como um instrumento de busca da felicidade dos indivíduos, como observam Farias e Rosenvald:

É o que se denomina família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres totalmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da própria família.<sup>71</sup>

A partir dessa nova concepção de família, as inovações biotecnológicas no tocante à reprodução humana devem observar os padrões permitidos pela bioética e, em termos jurídicos, preservar sempre o princípio da dignidade humana. Esse princípio, como fora observado alhures, deve pautar tais práticas na busca da realização do projeto parental, o qual também encontra-se previsto na Carta Magna. Entretanto, muitas vezes, o sonho de formar uma família, gerando seus próprios filhos, não se efetiva devido à morte do cônjuge. Nesse caso, a fertilização artificial *post mortem* torna plausível a realização desse desejo, uma vez

---

deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/enunciados/aprovados/da/i/iii/i4/e/5/jornada/d/direito/civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/enunciados/aprovados/da/i/iii/i4/e/5/jornada/d/direito/civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view). Acesso em 14/12/2013.

<sup>71</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 45.

que o material genético criopreservado possibilita, mesmo após a morte do marido, que a esposa seja inseminada e venha a gerar o filho tão esperado.

Todavia, tal procedimento encontra opiniões divergentes na doutrina quanto à constitucionalidade da previsão legal disposta no artigo 1597, III, do Código Civil.

As discussões doutrinárias acerca da questão dividem-se em duas correntes. A primeira, com base nos princípios da autonomia da vontade, do planejamento familiar, da igualdade entre os filhos e da paternidade responsável, fundamentados na dignidade da pessoa humana, admite a possibilidade de inseminação artificial *post mortem*.

Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, entende que: “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte”.<sup>72</sup>

Comungando do mesmo entendimento, encontra-se Douglas Phillips Freitas:

A nossa Carta Magna, em seu art. 226, § 7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.<sup>73</sup>

Heloisa Helena Barboza afirma:

“Tudo leva a crer que o intento do legislador foi estender a presunção aos filhos concebidos após a morte do marido, quando já desfeito o casamento, permitindo à mulher valer-se do material fecundante criopreservado”<sup>74</sup>.

Nesse sentido, a autora leciona que o direito ao planejamento familiar apresenta como fundamentos o princípio da dignidade humana e da paternidade responsável. Assim sendo, ressalta:

O homem casado que fornece gametas para a inseminação de sua mulher ou fertilização *in vitro*, ou ainda, autorização para a inseminação de sua esposa com sêmen de doador, presumidamente quer a paternidade que por, lei lhe será atribuída.(...) Na ausência de regra sobre a matéria deve prevalecer a presunção, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de todo prioritário.<sup>75</sup>

Adepto à segunda corrente, a qual rechaça a possibilidade de inseminação artificial *post mortem*, encontra-se, dentre outros, Guilherme Calmon Nogueira. Segundo o jurista,

---

<sup>72</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). p. 177

<sup>73</sup> FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>, acesso em 15/12/2013.

<sup>74</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 325 e 326.

<sup>75</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. p 241 e 242.

diante de tal procedimento, o princípio da paternidade responsável não poderia ser exercido, pois com o falecimento de um dos pais, não haveria como se efetivar um projeto parental por ato unilateral apenas da mãe. Invocando também o princípio do melhor interesse da criança, afirma o autor que se deve recorrer, além das normas jurídicas, a outros ramos da ciência, como a psicologia, de modo a avaliar os efeitos do nascimento de uma criança sem a possibilidade de conhecer seu pai, apenas por ato volitivo da mãe<sup>76</sup>.

Eduardo Oliveira Leite afirma que tal procedimento não deveria ser autorizado por se tratar de um pedido que foge ao campo ético reconhecido à inseminação artificial homóloga. Isso porque, se não mais havia o casal desejando um filho, não seria justificável a inseminação. Acrescenta ainda outro fator considerado preponderante para desaconselhar a fertilização *post mortem*:

Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança.<sup>77</sup>

Sabe-se que o número de famílias monoparentais, dirigidas apenas pela mãe, e protegidas constitucionalmente como quaisquer outras, apresenta-se como uma demanda crescente na sociedade atual, o que se constitui também como um argumento para os defensores da inseminação *post mortem*. Nesse sentido, Silmara Juny Chinellato afirma que não se discute quanto ao fato de que o ideal seria a biparentalidade, entretanto a autora aduz: “*ela [a biparentalidade] não pode afastar a inseminação ‘post mortem’, na hipótese de ter havido um projeto parental em vida – identificando-se a receptora do sêmen*”.<sup>78</sup>

Outro ponto relevante da questão, e que parece não encontrar grandes divergências na doutrina, está na necessidade de consentimento expresso do cônjuge. Sabe-se que, para que se utilizem as técnicas de reprodução assistida, é fundamental que haja o consentimento informado de ambas as partes, visando à proteção da dignidade dos sujeitos envolvidos. Tal determinação encontra-se expressa no item I. 3 da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013/13<sup>79</sup> e, em consonância com o disposto na mesma, a declaração deve ser

---

<sup>76</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo*. Anais do II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, Família e patrimônio: um novo olhar, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

<sup>77</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 155.

<sup>78</sup> CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)*. Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

<sup>79</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I- V. p. 119- 121, em 09/05/13. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 13/12/13.

feita de forma consciente, contendo a autorização para os procedimentos médicos. De acordo com o item V.3, deve-se estabelecer também o destino que será dado aos gametas ou embriões criopreservados em caso de ruptura do relacionamento, doença ou morte de um os parceiros.

Nesse sentido, Anna de Moraes Salles Beraldo observa a omissão do Código Civil, prevendo apenas a necessidade de autorização do marido disposta no inciso V do artigo 1597, o qual se refere à reprodução heteróloga. Entretanto, a autora sustenta que: “*Embora o ordenamento civil seja omissivo, é importante ressaltar a necessidade de existência de autorização expressa do marido para o emprego de seu material genético post mortem*”.<sup>80</sup>

Heloisa Helena Barboza partilha desse entendimento, ao afirmar ser o consentimento fator primordial para que a técnica se efetive. A autora, inclusive, o condiciona à questão sucessória: “*Parece-nos lege ferenda em qualquer caso, que a manifestação de vontade do autor da herança constitui elemento decisivo para a aquisição de direitos do filho póstumo*”.<sup>81</sup> Para Ana Cláudia Scalquete, “*o fim perseguido é a concepção de um filho, fato que por si só demonstra a seriedade das consequências que o envolvem, tanto no campo jurídico quanto no campo das relações afetivas*”<sup>82</sup>

Paulo Luiz Netto Lobo, em posicionamento consonante aos demais, aduz:

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que nela seja implantado, por não ser objeto de herança.<sup>83</sup>

Já Mônica Aguiar, em uma postura mais radical, afirma que a morte operaria como uma revogação do consentimento e, mesmo que a inseminação *post mortem* tenha ocorrido, não haveria presunção de paternidade<sup>84</sup>. Nesse caso, o filho seria considerado apenas do cônjuge supérstite. Entretanto, tal postura, por tudo que já foi demonstrado, vai de encontro aos preceitos constitucionais os quais garantem a identidade genética como um direito da personalidade.

Maria Helena Diniz, acerca da questão, traz à baila intrigantes questionamentos:

---

<sup>80</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 92.

<sup>81</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 55.

<sup>82</sup> SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

<sup>83</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco*. Direito patrimonial. Vol. XVI. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

<sup>84</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

Autorizar sua inseminação não seria violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta? Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade voluntária?<sup>85</sup>

Por fim, Anna Salles enfatiza que o consentimento constitui-se como um pré-requisito para que o procedimento seja realizado, entretanto, na prática, o Judiciário tem concedido autorização para que o mesmo ocorra ainda que não haja prévia autorização, mas desde que exista um projeto parental em curso. Todavia, a autora pondera que nada deve substituir a declaração sobre o destino do material genético ou embrião criopreservado, uma vez que “*não há como presumir que alguém queira ser pai depois de morto.*” Nesse sentido, aduz:

Essa manifestação expressa do *de cujus* tira qualquer dúvida quanto à vontade do genitor em dar continuidade ao projeto parental, deixando novos descendentes após sua morte. Desse modo, ficam ainda mais explícitos todos os direitos desse filho ao nascer com vida, inclusive o direito à herança.<sup>86</sup>

A autora ressalta ainda que, mesmo em casos de reprodução assistida *post mortem* heteróloga, havendo consentimento expresso do *de cujus*, presumir-se-á a paternidade, uma vez que a legislação pátria permite o procedimento. Nesse sentido, assevera:

Os embriões excedentários decorrentes de fertilização heteróloga também devem ser protegidos pela presunção de paternidade, caso haja consentimento expresso do *de cujus*, possibilitando a implantação desses embriões heterólogos mesmo após sua morte. A vontade do casal de ter um filho decorrente do sêmen de um doador, mesmo após a morte do cônjuge, deve prevalecer.<sup>87</sup>

Não se pode negar a realidade inovadora trazida pelas técnicas de reprodução assistida e que esta, ainda que não disponha de norma específica, encontra-se prevista na legislação civilista no tocante à presunção de paternidade. Assim sendo, tais procedimentos vêm sendo cada vez mais realizados por aqueles que idealizam um projeto parental. Entretanto, a inseminação *post mortem*, pelos argumentos supracitados, precisa ser vista com certa parcimônia e, acaso enseje autorização judicial, sempre que possível, deve-se observar o caso concreto, uma vez que implica também direitos daquele que virá a nascer, como o da convivência paterna, por exemplo. Nesse caso, o direito de gerar filhos deve ser analisado de forma relativa, como ressalta Ana Carolina Brochado Teixeira:

---

<sup>85</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 557-558.

<sup>86</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 95.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 107.

Encontra limites no interesse da criança a ser concebida. Este novo ser não pode servir apenas de instrumento para realização irrestrita da felicidade dos pais, sob pena de conduzir a discussão para a reificação da vida.<sup>88</sup>

Deve-se, todavia, observar que a ausência do pai pode ocorrer mesmo na filiação oriunda de meios naturais, uma vez que o genitor pode vir a falecer durante a gestação não havendo a garantia de que, após a concepção, ter-se-á a convivência paterna.

Entretanto, uma vez concebido, esse novo ser representa uma vida e precisa ter seus direitos tutelados, ainda que não haja consentimento expresso. Assim dispõe Anna de Moraes Salles Beraldo:

No entanto, mesmo que não haja consentimento expresso do *de cujus* em relação à implantação de seu material reprodutivo ou embrião *post mortem*, o filho, uma vez nascido, deverá ter todos os seus direitos assegurados.<sup>89</sup>

É preciso, pois, que o Direito caminhe em compasso com a ciência buscando respostas para essas novas questões que se apresentam a cada dia, as quais provocam um posicionamento do Judiciário. Entretanto, ao analisar o caso concreto, faz-se necessário procurar fundamento tanto nos valores éticos e em outras ciências como a psicologia, como também nos princípios constitucionais os quais encontram como pilar a dignidade da pessoa humana. E, em observância a este princípio, não se pode fechar os olhos ante as implicações das práticas de reprodução assistida principalmente no tocante ao direito sucessório, como será demonstrado a seguir.

### 3.3. Os direitos sucessórios do embrião criopreservado

#### 3.3.1. Legitimidade sucessória do embrião

Como já fora observado, as implicações jurídicas da reprodução humana assistida trazem à tona inevitáveis discussões. Estas se tornam ainda mais acirradas na seara dos direitos sucessórios, uma vez que são muitos os seus reflexos. O artigo 1798, ao tratar da

---

<sup>88</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandez (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 311.

<sup>89</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 95-96.

vocação hereditária, dispõe: “Art. 1798. *Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*”<sup>90</sup>

Ao se buscar uma interpretação literal desse dispositivo, observa-se que o legislador dispôs estarem legitimados apenas os que já tivessem nascido ou estivessem concebidos com a morte do *de cuius*.

Assim sendo, divergências doutrinárias continuam, principalmente no que tange aos direitos dos concebidos *post mortem*. Tânia da Silva Pereira, ao atualizar a obra de Caio Mário da Silva Pereira, entende que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*. Para resolver a questão, a autora sugere que haja reforma legislativa prevendo tal hipótese, de modo a atender ao princípio constitucional da não-discriminação de filhos<sup>91</sup>.

Eduardo de Oliveira Leite partilha do mesmo raciocínio, quando comenta:

Quando a criança concebida por inseminação artificial *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios.<sup>92</sup>

De outra banda, parte da doutrina defende que os direitos sucessórios se estendem àqueles que foram concebidos mesmo após a morte do genitor. Comunga dessa concepção Giselda Maria Fernandes Hironaka, ao observar que, desde que sejam cumpridos todos os preceitos do Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal<sup>93</sup>, haverá o vínculo parental de filiação, o que inclui, por conseguinte, os direitos sucessórios.

Em conformidade com esse entendimento, encontra-se Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, segundo o qual não se pode excluir da participação nas repercussões

---

<sup>90</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm), Acessado em: 16/12/13.

<sup>91</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Vol. V, 16 ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por PEREIRA, Tânia da Silva.. Rio de Janeiro : Forense, 2007 p.318.

<sup>92</sup>LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110.

<sup>93</sup>BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 106, aprovado na Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao deliberar sobre o art. 1597, III do Código Civil de 2002: “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.”disponível em [www.cjf.jus.br/cjf](http://www.cjf.jus.br/cjf). Acesso em 14/12/2013.

jurídicas o filho concebido por intervenção médica mesmo após a morte do genitor, sob o argumento de que este prejudicaria o direito dos outros herdeiros. Nessa perspectiva, assevera: “... o simples fato de a criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo...”<sup>94</sup>

De forma coerente, Anna de Moraes Salles Beraldo, recomenda que o disposto no artigo 1798 deva ser interpretado conjuntamente com o artigo 1597 do Código Civil. Isso porque, se entendido isoladamente, excluiria o concebido *post mortem* de qualquer direito o que viria de encontro ao disposto no artigo 1597, ao tratar da presunção de paternidade dos filhos havidos por fertilização artificial homóloga.<sup>95</sup>

Quanto à questão dos embriões excedentários, deve-se buscar uma análise mais detida sobre o tema. Isso porque trata-se de uma vida em potencial que, embora concebida *in vitro*, ou seja, fora dos padrões considerados naturais, trata-se de vida humana e, como já fora abordado, carece de tutela do direito.

Retornando ao que dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, legitimam-se a suceder os que se já estiverem nascidos ou concebidos o momento da sucessão. O artigo 1597, por sua vez, confere a presunção de paternidade aos embriões excedentários, havidos a qualquer tempo, como concebidos na vigência do casamento. Uma interpretação literal de tais dispositivos já seria, portanto, suficiente, de modo a assegurar direitos sucessórios dos embriões excedentários.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, há uma importante diferença entre embrião e sêmen, no tocante ao direito de herança, sendo que, se por ocasião da morte do genitor houver embrião, este estará legitimado a herdar, uma vez que estará concebido o momento da sucessão, o que não ocorre com o sêmen.<sup>96</sup>

Anna de Moraes Salles Beraldo, analisando o tema, afirma:

A questão da legitimação sucessória dos embriões excedentários, embora ainda muito controversa, é menos complexa o que a do sêmen congelado. Isso porque os embriões já estão concebidos ao tempo do óbito do genitor, permitindo a incidência da regra do artigo 1.798 do Código Civil.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 174.

<sup>95</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 123.

<sup>96</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110.

<sup>97</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Op. Cit.*, p.126.

Entretanto, adverte a autora que a interpretação literal das regras do ordenamento civil merece pesada crítica, pois, segundo seu entendimento, as distinções entre sêmen e embrião não fazem sentido. Isso porque:

Caso a criança venha a nascer, ela deve ter todos os direitos garantidos, pois é filha do *de cujus*, assim como eventuais irmãos. Caso contrário, a aplicação puramente textual geraria tratamento diferenciado entre filhos, o que não é admissível em nosso ordenamento.<sup>98</sup>

É fundamental que, em consonância aos ditames constitucionais, não se deva estabelecer distinções entre os filhos, como ocorrera em legislações passadas.<sup>99</sup> Sem querer discordar da autora, é importante ressaltar que as distinções entre sêmen e embrião existem, embora ambos, caso não sejam levados a termo, ficarão por anos congelados. O sêmen, insto salientar, é o gameta, ou seja, nele não há vida em potencial e, nesse sentido, pode ser considerado propriedade. Apenas quando encontra o óvulo e o fecunda, há a formação da vida, o embrião<sup>100</sup>. Este, por conseguinte, já se constitui como uma vida, um ser e, portanto, não pode, como já fora abordado, ser objeto de manipulação tratado simplesmente como “coisa”.

Parece, portanto, que a autora, ao afirmar não haver distinções entre ambos, quis salientar a questão da não-discriminação enquanto filhos, uma vez que não importando a origem – se proveniente de gameta através de inseminação ou da implantação de embrião preexistente – gozarão dos mesmos direitos. Até porque Anna de Moraes Salles Beraldo, em sua obra, anteriormente, já aduzira:

É importante fazer essa diferenciação, pois quando se utiliza o sêmen, só há gameta do marido. Já quando se trata de embrião, há carga genética de ambos os cônjuges e uma vida em potencial, o que traz à tona questões bioéticas extremamente controvertidas.<sup>101</sup>

Anna Salles, ao citar as palavras de Carlos Cavalcanti, afirma, ainda, que o legislador não previu a possibilidade de uma pessoa gerar um filho através de seu material genético criopreservado até porque o projeto do atual Código Civil não previa a evolução científica da reprodução assistida. Nesse sentido, a autora ressalta:

---

<sup>98</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 126.

<sup>99</sup> Nesse sentido, Anna de Moraes Salles ressalta: “De maneira geral, o século XX foi marcado pela impossibilidade de reconhecimento de filhos decorrentes das relações advindas fora do casamento. O objetivo era proteger o instituto da família, em prejuízo da criança, que acabava sendo punida pelo comportamento dos pais. Ademais no campo sucessória havia distinção entre os filhos naturais, adulterinos reconhecidos e adotivos.” In: BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 109.

<sup>100</sup> NYS, Herman *Experimentação com embriões*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Biotechnology, direitos e bioética*. Belo Horizonte: PUC-Mins/Del Rey, 2002. p. 176.

<sup>101</sup> *Idem*. p. 52.

O Código Civil de 2002, embora recente, é fruto de Projeto de Lei apresentado em 1975 (PL nº 634/75), cujos estudos datam da década de 1960, época em que ainda eram incipientes as discussões jurídicas nacionais a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.<sup>102</sup>

Sendo assim, de forma a acompanhar tal evolução, é preciso buscar respostas que satisfaçam os anseios sociais diante das novas questões que se descortinam no campo da reprodução humana assistida. A doutrina vem se debruçando sobre a questão dos direitos dos embriões, uma vez que, como fora supracitado, eles não são pessoa, mas também não podem ser tratados simplesmente como “coisa”, da qual se possa dispor indiscriminadamente. Nesse ínterim, opiniões se dividem no tocante aos direitos desses seres, em especial no que concerne ao direito sucessório.

Parece, entretanto, que a doutrina majoritária parte da perspectiva de que, para que haja direitos efetivos, é necessário que se determine um prazo para que os embriões sejam implantados no útero da mulher. Todavia, Heloisa Helena Barbosa<sup>103</sup> ressalta que o ordenamento jurídico não delimitou esse prazo, o que gera dificuldades de ordem prática. Entretanto, pondera a autora que não se pode estabelecer diferenças entre os filhos, em nome do princípio da igualdade.

Renomados doutrinadores partilham dessa ideia, no sentido de ser razoável que esse prazo não seja indeterminado, pois traria a chamada “insegurança jurídica”. Para Carlos Cavalcanti, seria interessante que o autor da herança determinasse um prazo e, não o fazendo, aplicar-se-iam as regras do artigo 1.800, § 4º do Código Civil, ou seja, de dois anos a partir da sucessão<sup>104</sup>. Heloisa Helena Barbosa corrobora desse entendimento quanto ao prazo limite de dois anos<sup>105</sup>. Já Ana Claudia Scalquete acredita que o limite temporal ideal seria o de três anos, com base na Lei de Biossegurança. Para a autora, após esse prazo, os embriões podem ser doados para pesquisas e, portanto, são menores as chances de virem a nascer. Afirma ainda que, durante esse intervalo, torna-se mais amadurecida a ideia da

---

<sup>102</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.49.

<sup>103</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* apud BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.128.

<sup>104</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.188.

<sup>105</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 326.

maternidade/paternidade, ou seja, haverá tempo suficiente para que se decida sobre questão tão relevante<sup>106</sup>.

Anna de Moraes Salles Beraldo, ao abordar a questão do prazo, lembra que outros países já o estabelecem: na Espanha são 12 meses, enquanto que na Bélgica, 6 meses. No Brasil, não se estabeleceram limites temporais para a implantação do embrião, entretanto a autora assim observa:

Nesse sentido seria razoável a imposição, pelo legislador, de um intervalo mínimo para reflexão, bem como um período máximo de até dois ou três anos da abertura da sucessão e, a partir daí, não fosse mais possível a realização do procedimento com o embrião ou gameta criopreservado do *de cujus*. Isso porque a demora na manifestação da vontade demonstra que não haveria mais projeto parental, comprovado pelo decurso do tempo.<sup>107</sup>

A autora continua sua análise, afirmando que o estabelecimento de um limite impediria o prolongamento indefinido da situação, além de evitar que o filho nascido dessa técnica ficasse desamparado patrimonialmente em face aos irmãos. Porém, lembra ainda que, caso haja qualquer violação da norma e a criança venha a nascer, mesmo após o prazo estabelecido, esta não poderá sofrer quaisquer discriminações, devendo ser considerada herdeira. Entretanto, deveria ser prevista a devida punição penal tanto para quem realizou o procedimento quanto para quem a ele se submeteu.

### 3.2.2 Formas de garantia de direitos hereditários aos embriões

Uma vez nascida, a criança será filha do *de cujus* e, como foi dito, não poderá sofrer quaisquer discriminações, em nome dos ditames constitucionais dispostos no artigo 226, § 6º, *in verbis*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.<sup>108</sup>

Anna Beraldo salienta que, embora haja dificuldades de cunho prático a serem enfrentadas em relação à divisão da herança, estas não podem servir de justificativa para prejudicar o novo herdeiro. A autora traz como saída a coibição de tais procedimentos ou, ao menos, como já fora observado, que os mesmos ocorram em circunstâncias especialíssimas,

<sup>106</sup> SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.214-215.

<sup>107</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.132.

<sup>108</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10/10/2013.

mas reconhece que, como não se trata de uma técnica proibida pela legislação – embora a mesma não a tenha enfrentado – é preciso que se busquem soluções.<sup>109</sup>

Nesse sentido, diante do silêncio de uma norma específica sobre o assunto, a doutrina tem enfrentado incessantemente a questão. Sabe-se que o direito à herança encontra-se estabelecido na Constituição Federal, em especial no artigo 5º, inciso XXX. Nesse sentido, Anna Beraldo afirma que com base em tal dispositivo em consonância ao que determina o artigo 227, § 6º, caso o filho póstumo venha a nascer, deverá ser herdeiro. E, tal sucessão poderá ocorrer tanto por via testamentária, como também assegurada pela legítima<sup>110</sup>, como será demonstrado a seguir.

### 3.2.2.1. A sucessão testamentária e a prole eventual

Carlos Roberto Gonçalves, sobre esse tema, assim leciona:

A sucessão pode ser legítima ou *ab intestato* e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária. (...) Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1846 do Código Civil.<sup>111</sup>

Sendo assim, em caso de sucessão testamentária, o doador da herança pode dispor da parte que a lei permite através de testamento, beneficiando, por exemplo, um futuro filho.

A legislação civil prevê, inclusive, no artigo 1.799, I, que o testador reserve bens para a chamada “prole eventual” de pessoas por ele determinadas<sup>112</sup>. Caio Mário da Silva Pereira, ao conceituar tal instituto, aduz:

É válida a disposição testamentária contemplando a prole eventual de determinada pessoa, ou estabelecendo uma substituição, como lícita a uma pessoa jurídica ainda não constituída. Em tais casos, a transmissão hereditária é condicional, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.111.

<sup>110</sup> *Idem*, p.135.

<sup>111</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42-43.

<sup>112</sup> BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406/02. “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em 11/12/13.

<sup>113</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves lembra que:

O inciso I abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança. Refere-se à prole eventual do anterior Código Civil.<sup>114</sup>

Entretanto, para Giselda Hironaka, tal hipótese não abarcaria a reprodução assistida, uma vez que o autor não poderá indicar sua própria prole eventual, pois a lei exige que a pessoa indicada no testamento esteja viva na época da abertura da sucessão.<sup>115</sup>

Em sentido contrário, encontra-se Carlos Cavalcanti, segundo o qual o testador pode não somente beneficiar sua própria prole eventual como também determinar se a deixa testamentária sairá de sua parte disponível ou se será um adiantamento da legítima<sup>116</sup>.

Maria Helena Diniz e Silvio Venosa<sup>117</sup> entendem que a única maneira de se beneficiar os filhos concebidos *post mortem* seria através da sucessão testamentária, quando o testador deixar claro essa disposição para sua prole eventual.

Anna Beraldo afirma que, ainda que o autor da herança beneficie o filho que venha a nascer estabelecendo sua prole eventual, esse filho não perde a condição de herdeiro legítimo. Nesse sentido, a autora cita o entendimento de Ana Claudia Scalquete segundo o qual o benefício da prole eventual se constitui como ato volitivo do autor da herança e, caso o nascimento não venha a se concretizar no prazo de dois anos, o filho que venha a nascer perderá tal benefício, mas não deixará de ser herdeiro do *de cujus*.

Guilherme Calmon entende que se somente for admitida a sucessão testamentária decorrente da reprodução assistida *post mortem* haverá tratamento diferenciado entre filhos, o que vai de encontro ao princípio de igualdade.<sup>118</sup>

Anna Beraldo elucida que, embora o artigo 1799, I, do Código Civil disponha apenas sobre os filhos ainda não concebidos, na prática não se exclui o embrião, uma vez que não pode haver discriminação entre os filhos. Acrescenta ainda que ao se falar “concebidos”, o legislador provavelmente estaria se referindo aos concebidos no útero materno, visto que, à época do projeto de elaboração do Código Civil, apenas se previa a conjunção carnal. Nesse sentido, lembra que não se pode fazer uma interpretação literal da norma e ressalta: “*Sendo*

---

<sup>114</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*. p.43.

<sup>115</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. 20. 2 ed. rev. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

<sup>116</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 187.

<sup>117</sup> Nesse sentido, Anna de Moraes Salles Beraldo colaciona o entendimento dos referidos autores. In: BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.139

<sup>118</sup> *Idem*, p.141.

*assim, cabe ao intérprete achar um equilíbrio entre o sentido da norma e a realidade social contemporânea para a aplicação da justiça no caso concreto.”*<sup>119</sup>

### 3.2.2.2. O fideicomisso

Outra forma de proteção, prevista nos artigos 1951 a 1960 do Código Civil, seria através do fideicomisso, o qual, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Verifica-se quando o testador nomeia um favorecido e, desde logo, designa um substituto, que recolherá a herança, ou legado, depois daquele. Estabelece-se uma vocação dupla: direta, para o herdeiro ou legatário instituído, que desfrutará o benefício por certo tempo estipulado pelo *de cujus*; e indireta ou oblíqua, para o substituto. Verifica-se que há, no fideicomisso, três personagens: a) o fideicomitente, que é o testador; b) o fiduciário ou gravado, em geral, pessoa de confiança do testador, chamado a suceder em primeiro lugar para cuidar do patrimônio deixado; c) o fideicomissário, último destinatário a herança, ou legado, e que os receberá por morte do fiduciário, ou realizada certa condição, ou se decorreu o tempo estabelecido pelo disponente.<sup>120</sup>

Lembra ainda o autor que é o testador quem fixa a duração do fideicomisso: por toda a vida do fiduciário, por certo tempo ou até que se verifique determinada condição resolutiva do direito deste.

Caio Mário da Silva Pereira, assim define fideicomisso: “*Consiste na instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição preestabelecida.*”<sup>121</sup> Assim sendo, o testador poderá nomear herdeiros ou legatários, estabelecendo que a herança ou legado seja transmitida a quem realmente deseja beneficiar determinando o tempo ou certa condição para que tal transmissão ocorra.

Entretanto, o fideicomisso esbarra no mesmo problema da prole eventual. Isso porque só poderia ser instituído em favor dos não concebidos por ocasião da morte do autor da herança. Nesse caso, Anna Salles, partilhando do entendimento de Ana Cláudia Scalquete, utiliza o mesmo argumento de que o legislador não previu tais hipóteses quando fez uso do termo “concebido”. Assim, esclarece:

---

<sup>119</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.147

<sup>120</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403.

<sup>121</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 270.

No entanto, com as inovações biotecnológicas, a situação se alterou. Atualmente é perfeitamente possível e comum a existência de embriões formados em laboratório e congelados por um longo período.

É de se questionar se nestas hipóteses poderia ser aplicado o instituto da substituição fideicomissária. Caso a interpretação seja somente literal, não será possível utilizar o fideicomisso para nomear herdeiro decorrente de embrião excedentário.

Entretanto, é imprescindível ressaltar que a aplicação meramente literal das normas do ordenamento civil, por vezes, pode causar contradições e injustiças.

(...)

Nesse sentido, é preciso que haja uma visão axiológica do sistema, uma vez que no Direito contemporâneo não há mais espaço para o positivismo formal e acrítico, mas sim um positivismo ético visando à máxima eficácia social.<sup>122</sup>

Parte da doutrina sustenta que o embrião excedentário não se enquadraria como herdeiro e, portanto, apenas poderia ser beneficiado por via testamentária. Todavia, Anna Salles salienta que:

Essa corrente que defende o direito à herança somente por sucessão testamentária não deve prevalecer, pois se não houver testamento deixando bens aos filhos nascidos após a morte do testador, o descendente estaria excluído do chamamento hereditário<sup>123</sup>.

Salienta a autora que tal posicionamento representaria um retrocesso ao período anterior à Constituição Federal de 1988 e, por esse motivo, não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico.

### 3.2.2.3. A petição de herança

Anna Salles entende como procedimento mais correto que, com a morte do autor, seja feita a partilha com os herdeiros existentes à época da sucessão e, caso após o início da partilha surja algum herdeiro, este poderá ingressar com a ação de petição de herança, nos termos do artigo 1824 do Código Civil, de modo a assegurar a percepção de seu quinhão.

Petição de herança, segundo as lições de Sílvio de Salvo Venosa, define-se como:

o meio judicial para receber direitos hereditários indevidamente nas mãos de terceiros, que podem ser o cônjuge, algum herdeiro aparente ou não, ou mesmo um usurpador qualquer. Assim, a ação de petição de herança objetiva não somente o reconhecimento da qualidade de herdeiro, mas também e principalmente sua integral satisfação no tocante ao acervo hereditário.<sup>124</sup>

Anna Salles lembra que:

a ação de petição de herança pode ser intentada antes ou depois de ultimada a partilha. Caso seja ajuizada antes, poderão ser reservados bens por meio de medidas

---

<sup>122</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.161-162.

<sup>123</sup> *Idem*, p.163-164.

<sup>124</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110.

cautelares. Se intentada após, uma vez que seja procedente o pedido contido na ação, o réu terá de devolver os bens com seus acréscimos, frutos e rendimentos, devendo ser realizada nova partilha, incluindo o herdeiro reconhecido.<sup>125</sup>

Discute-se, no tocante a esse tipo de ação, qual seria o prazo extintivo do direito para que a mesma possa ser proposta. Adentra-se, assim, na esfera da prescrição, a qual Caio Mário da Silva Pereira explica da seguinte forma:

Para conceituar a prescrição, o Código partiu da idéia de pretensão. Foi a dogmática alemã que lhe deu origem. O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição. Se, entretanto, num dado momento, ocorre sua violação por outrem, nasce para o titular uma pretensão exigível judicialmente – *Anspruch*. O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. Pela prescrição, extingue-se a pretensão, nos prazos que a lei estabelece.<sup>126</sup>

Vê-se, portanto, que, com a prescrição, cessaria a pretensão daquele que reivindica um direito. Mas, na seara do direito sucessório, aplicar-se-ia a prescrição ao herdeiro reivindicante ou tratar-se-ia de uma ação imprescritível?

A doutrina se divide, no sentido de que parte a considera imprescritível por se tratar de uma ação de estado. Para Gustavo Rene Nicolau, tal discussão já teria sido superada, pois, como afirma o autor: “*O argumento utilizado para a tese era de que se tratava de uma ação de estado, cujo objetivo era reconhecer a qualidade de herdeiro e como tal não poderia prescrever.*”<sup>127</sup>

Outra parte, a qual tem como adepto Caio Mário da Silva Pereira, entende que o *status* é imprescritível, porém a pretensão econômica não, pois esta se extinguiria decorridos dez anos da abertura da sucessão.<sup>128</sup>

Deve-se observar que o entendimento majoritário, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, tem sido no sentido de que o prazo prescricional começaria a correr a partir da abertura da sucessão.

Caio Mário ainda aduz que:

o prazo extintivo para essa ação inicia-se com a abertura da sucessão e, no atual sistema é de 10 anos, prazo máximo permitido pelo ordenamento. No sistema de 1916, o prazo era de 20 anos (Súmula 149 do STF). Como vimos, a ação de

---

<sup>125</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.172-173.

<sup>126</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 23 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 584.

<sup>127</sup> NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005. P. 60.

<sup>128</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60-61.

investigação de paternidade é imprescritível; não o é, entretanto, a ação de petição de herança.<sup>129</sup>

Entretanto, fala-se em prazo prescricional no que se refere aos filhos já nascidos e preteridos à sucessão. No caso dos embriões excedentários, surge o questionamento se estes estariam submetidos a esse prazo, uma vez que os embriões podem permanecer criopreservados por vários anos. Outra tormentosa questão a ser enfrentada, uma vez que, segundo Anna Salles, não corre prazo prescricional contra incapaz. Assim sendo, reconhecida paternidade, o prazo apenas começará a contar quando o filho atingir os 16 anos de idade. Acresce a este o tempo do trâmite da ação e da interposição de recursos. A autora ainda afirma: *“Somado a isso ressalta-se que não há limites para o número de sucessivas gestações, o que iniciaria o dilema novamente e a situação restaria indefinida”*.<sup>130</sup>

Por derradeiro é preciso observar que as dificuldades práticas são frequentes, porém, devido aos princípios constitucionais já invocados, não se pode conceber quaisquer distinções entre filhos, sob o manto de se preservar a segurança jurídica. Todavia, existem princípios constitucionais relevantes em aparente conflito: se existe um direito ao planejamento familiar e, conseqüentemente, à procriação, ao mesmo tempo existe também o direito à biparentalidade. É preciso, enquanto não se positiva a questão, que se analise o tema, buscando à luz do Direito e mantendo como ápice os preceitos constitucionais, a melhor solução para cada caso concreto.

---

<sup>129</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito das Sucessões. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.113.

<sup>130</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.185-186.

## CONCLUSÕES

As discussões que envolvem o tema da reprodução humana assistida precisam ser enfrentadas por todos os setores envolvidos e, em especial, devem ser analisadas no que concerne aos seus reflexos no campo jurídico.

Não se pode olvidar que as inovadoras técnicas de reprodução representam um importante passo da ciência, fazendo com que o sonho de casais inférteis possa se tornar realidade, bem como efetivam a realização de um projeto parental.

Sabe-se que, atualmente, a concepção de família sofreu diversas transformações, prevendo-se inclusive a monoparental. Diante dessa nova perspectiva, não pode haver quaisquer discriminações, haja vista que a prole independente de sua formação, goza de proteção constitucional.

Assim sendo, faz-se mister assegurar a todos o pleno exercício de seus direitos constitucionalmente garantidos, inclusive o do livre planejamento familiar, sem a interferência estatal. Entretanto, não se pode fechar os olhos para as diversas implicações, as quais precisam ser ponderadas em virtude da existência de princípios constitucionais de extrema relevância que se sobrepõem a interesses particulares.

É preciso, pois, que sejam criadas normas específicas acerca da reprodução assistida, prevendo, inclusive, um estatuto jurídico para o embrião, com base nos ditames constitucionais, a fim de dirimir quaisquer dúvidas quanto aos seus direitos, bem como estabelecendo critérios e limites mais precisos para as novas técnicas reprodutivas.

Entretanto, diante da lacuna legislativa que ainda persiste, é preciso que se busquem soluções, em especial para os milhares de embriões criopreservados que se encontram sob custódia das clínicas de reprodução humana e que podem a qualquer momento serem implantados no útero materno, uma vez que se constituem como vida em potencial. Nesse sentido, é preciso repensar a questão, buscando, inicialmente, enxergá-los como vida e não como propriedade, coibindo a excessiva produção dos mesmos.

Quanto à implantação de embriões *post mortem*, torna-se fundamental que se estabeleça o prazo razoável, de até dois anos, mediante consentimento informado, para que o procedimento ocorra. Isso porque, para a alegação de prosseguir com o projeto parental não seria coerente que, somente muitos anos após a morte de um dos cônjuges, houvesse o interesse do parceiro supérstite em ter um filho.

Percebe-se, por fim, que, uma vez implantado no útero materno, o embrião, resultado das técnicas de reprodução assistida, deve gozar dos mesmos direitos conferidos ao nascituro, inclusive os sucessórios. Sendo assim, estaria na condição de herdeiro do *de cujus* e, desse modo, seria um dos legitimados à sucessão. Poderia também ser beneficiado por via testamentária, se este fosse o desejo do testador ao indicar a sua prole eventual, ou ainda, pelo fideicomisso.

Entretanto, caso venha a ser implantado posteriormente ao final da partilha poderá recorrer ao instituto da petição de herança, desde que no prazo hábil, de modo a garantir seu quinhão. Isso porque será filho do *de cujus* e não se pode estabelecer quaisquer diferenças entre os filhos, sob pena de violação dos ditames constitucionais.

## REFERÊNCIAS

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

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Reprodução Assistida: os Direitos dos Embriões congelados e daqueles que o geram*. In: Revista Brasileira de Direito de família. n. 34.

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

BARBOZA, Heloísa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* apud BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. *Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004

\_\_\_\_\_. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BORGES, Janice Silveira. *Dignidade do ente por nascer*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III : princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm), Acessado em: 16/12/13.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 105*. Disponível em: [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ/Coedi/jornadascej/enunciados/aprovados/da/i/iii/i4/e/5/jornada/d/direito/civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ/Coedi/jornadascej/enunciados/aprovados/da/i/iii/i4/e/5/jornada/d/direito/civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view). Acesso em 14/12/2013.

\_\_\_\_\_. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 106*. Disponível em [www.cjf.jus.br/cjf](http://www.cjf.jus.br/cjf). Acesso em 14/12/2013.

\_\_\_\_ Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358*. Publ. no Diário Oficial da União em 19/11/92, Seção I, p. 16053. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 12/11/13.

\_\_\_\_ Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1957/10. Publ. no Diário Oficial da União, Seção I, p. 79, em 06/01/11. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 13/11/13.

\_\_\_\_ Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119, em 09/05/13. Disponível em [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso:13/12/13.

\_\_\_\_ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10/10/2013.

BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Brasília, DF, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/13071/htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/13071/htm). Acesso em 14/11/2013.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento familiar. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/1923.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/1923.htm). Acesso em 12/07/2013.

BRASIL, Lei nº 9.868/99, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade. Brasília, DF, 2000. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).

\_\_\_\_ Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em 13/10/2013.

\_\_\_\_ Projeto de Lei nº 1.184/03. Brasília, DF. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacaohtm](http://www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacaohtm). último acesso em 12.12.13.

\_\_\_\_ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julg. 29/05/2008.

\_\_\_\_ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Acórdão proferido em Apelação nº 0338995 55.2010.8.19.0001, Relatora Des. Renata Machado Cotta, Data de Julgamento: 04/11/2013, 3ª Câmara.

\_\_\_\_ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 583052204, Relatora Des. Athos Gusmão Carneiro, Data de Julgamento: 24/04/1994, 1ª Câmara.

\_\_\_\_ Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 0003577-16.2009.8.26.0472, Relator Des. Ricardo Feitosa, Data de Julgamento: 11/11/2013, 10ª Câmara.

\_\_\_\_ Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 9000519-07.2010.8.26.0506, Relator Des. Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 02/10/2013, 12ª Câmara de Direito Público.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 990.10.459954-7, Relator Des. Magalhães Coelho, Data de Julgamento: 11/01/2011, 10ª Câmara.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 0212660-67.2008.8.26.0000, Relator Des. Antônio Carlos Malheiros, Data de Julgamento: 07/08/2012, 3ª Câmara de Direito Público.

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

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESPINOSA, Jaime. *Questões de Bioética*, São Paulo: Quadrante, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3 ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>, consultado em 15/12/2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo*. Anais do II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, Família e patrimônio: um novo olhar, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. 20. 2 ed. rev. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco*. Direito patrimonial. Vol. XVI. AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. N. 34.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v.7, . n. 34, Porto Alegre:IBDFAM.2006.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005.

NYS, Herman *Experimentação com embriões*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Biotecnologia, direitos e bioética*. Belo Horizonte: PUC-Mins/Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 23 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil: direito de família*. Vol. V, 16 ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por PEREIRA, Tânia da Silva.. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

REALE, Miguel. *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em: <http://miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccchtm>. Acesso em 10/10/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Ed.Malheiros, 2004.

Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida. *Anais do XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida da SBRA*. Disponível em: [www.sbrh.org.br/boletim/n.1/jan.fev.mar..2013.pdf](http://www.sbrh.org.br/boletim/n.1/jan.fev.mar..2013.pdf). Acesso em 14/11/2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandez (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.