



EFEITOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

**Fernanda Martinotto
Daniela Breyer Guterres**



**Efeitos sucessórios da
reprodução humana assistida
homóloga *post mortem***

Fernanda Martinotto
Daniela Breyer Guterres

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
José Quadros dos Santos

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:
Evaldo Antonio Kuiava
Vice-Reitor:
Odacir Deonísio Gracioli
Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação:
Juliano Rodrigues Gimenez
Pró-Reitora Acadêmica:
Nilda Stecanela
Diretor Administrativo-Financeiro:
Candido Luis Teles da Roza
Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech
Coordenadora da Educs:
Simone Côrte Real Barbieri

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS) – presidente
Cleide Calgaro (UCS)
Gelson Leonardo Rech (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Juliano Rodrigues Gimenez (UCS)
Nilda Stecanela (UCS)
Simone Côrte Real Barbieri (UCS)
Terciane Ângela Luchese (UCS)
Vania Elisabete Schneider (UCS)

Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*

Fernanda Martinotto
Daniela Breyer Guterres



© Fernanda Martinotto e Daniela Breyer Guterres

Revisão: Izabete Polidoro Lima

Formatação e paginação: Mateus Pasinato Scopel

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

M386c Martinotto, Fernanda
Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* / Fernanda Martinotto, Daniela Breyer Guterres. – Caxias do Sul, RS : EducS, 2020.

110 p.; 14 x 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-65-5807-015-3

1. Bioética. 2. Direito e biologia. 3. Tecnologia da reprodução humana.
4. Herança e sucessão. I. Título. II. Guterres, Daniela Breyer.

CDU 2. ed.: 608.1

Índice para o catálogo sistemático:

1. Bioética	608.1
2. Direito e biologia	340:17.023.33
3. Tecnologia da reprodução humana	612.6
4. Herança e sucessão	347.65

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Paula Fernanda Fedatto Leal – CRB 10/2291



Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul
Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil
Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197
Home Page: www.uces.br – E-mail: educs@uces.br

“Não se trata do peso da pedra.
Mas de por que você a levanta.”

Hugo Girard

Sumário

Apresentação	9
1 Introdução	11
2 Temáticas da Bioética e do Biodireito	13
2.1 Evolução da bioética.....	17
2.2 Evolução do biodireito	25
2.3 Princípios	31
3 Reprodução humana assistida	39
3.1 Conceito e breve histórico da reprodução humana assistida.....	39
3.2 Técnicas de reprodução humana assistida	44
3.3 Reprodução humana assistida no Brasil.....	51
3.4 Inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	62
4 Reprodução humana assistida <i>post mortem</i> e os reflexos no Direito Sucessório	71
4.1 O Direito Sucessório no ordenamento jurídico brasileiro	71
4.2 Direitos sucessórios: filhos <i>post mortem</i>	80
4.3 Capacidade testametária e legítima decorrente de reprodução assistida <i>post mortem</i>	91
5 Considerações finais	105
Referências	109

Apresentação

É com grande satisfação e entusiasmo que me arrisco a apresentar, em alto estilo, esta obra literária que vem abordar um assunto que acaba por desacomodar os pensamentos dos operadores do Direito, em especial daqueles que se debruçam no Direito de Família e no Direito de Sucessões.

Em todos os momentos de nossa grande batalha em instituir a prática do Direito para os casos da vida cotidiana, somos afrontados por novas realidades que colocam em xeque todas as teorias anteriormente construídas.

Distantes de fazermos da Ciência do Direito para os fatos, tal como fez Procusto quando cortava os pés e o pescoço daqueles que não cabiam em seu leito, o Direito nos desafia, a todo instante, a questionar supostas verdades que, até então, eram tidas como premissas máximas. Nesse sentido, não nos cabe mais apenas ajustar os fatos ao tamanho da norma ou vice-versa, como fez Procusto, mas criar normatizações inovadoras para fatos ainda mais inovadores.

A questão é sabermos até que ponto estamos preparados para abandonar nossos antigos manuais – por vezes não tão antigos, mas apenas obsoletos – e enfrentar esses novos direitos, quer sejam eles considerados, quer não, de quarta geração.

Esta obra, pela sua magnitude e pela complexidade do assunto que aborda, vem nos trazer reflexões sobre a bioética e o biodireito, levando-nos a compreender que, mais uma vez, o Direito chega muito tarde para regulamentar situações da vida em sociedade, que a ciência vai transformando aos poucos.

É verdadeiro afirmar que quando o Direito consegue estabelecer seu entendimento sobre uma matéria que envolve Direito de Família e Sucessões, essa realidade entendida já é ultrapassada e é preciso, novamente, enfrentar situações que nos colocam na responsabilidade de sermos, antes de tudo, cientistas e não mais operadores.

Estaria, então, o advogado militante nas causas de Direito de Família e Sucessões preparado para, verdadeiramente, atuar como defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos

humanos e das garantias fundamentais, bem como estaria ele preparado a atuar em defesa dos cidadãos, mesmo diante das mudanças na dinâmica social que lhe exige inovações no seu modo de pensar e na regulamentação das relações entre os indivíduos, tudo isso observando os preceitos éticos e morais no exercício de sua profissão?

Esse é o nosso desafio e, para tanto, é necessário o enfrentamento constante de temas, até certo ponto, polêmicos e desacomodadores, tal qual o tema abordado nesta obra.

A presente obra mostra uma dinâmica conceitual importante que perpassa pelo entendimento da ética, do biodireito e da bioética, inclusive com a contextualização histórica, para a compreensão da legitimidade do filho póstumo aos direitos sucessórios de seu pai genético para abarcarmos a dimensão dada à dignidade da pessoa humana, o que nos desautoriza à formação de juízos meramente dogmáticos.

O livro apresenta uma análise histórica e filosófica desse assunto cujo ineditismo encontra-se no fato de que os reflexos sucessórios da reprodução humana assistida *post mortem*, encontra seu respaldo na Constituição Federal brasileira de 1988 (CF/88), que reconhece o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos “instrumentos efetivos do acesso ao pleno exercício da cidadania” (palavras das autoras).

Marcia Elisa Bitarello
Advogada – OAB/RS 54.322

I Introdução

A permanente evolução da tecnologia e da ciência proporciona o surgimento de novas áreas, entre elas, a biotecnologia e a biomedicina, pois essas possibilitam um estudo mais aprofundado do material genético humano e, mais tarde, tornam possível a criação de técnicas de reprodução humana assistida. No contexto dos avanços derivados dessas novas disciplinas, é que surgem a bioética e o biodireito.

A preocupação com a reprodução humana está presente na sociedade, desde os tempos mais remotos, pois é a uma forma de perpetuar a espécie. Porém, muitos casais não são capazes de gerar seus próprios filhos devido a problemas como: infertilidade ou, até mesmo, esterilidade.

Com o surgimento de técnicas de reprodução humana assistida, a medicina passa a apresentar soluções para esses casais através de novos tratamentos e métodos que tornam a procriação possível, independentemente do ato sexual. Desse modo, a inseminação passa a ser artificial sendo realizada tanto *in vitro* quanto *in vivo*. Ainda poderá ser possível que a inseminação ocorra após a morte de um dos genitores, ou seja, através da técnica de reprodução humana assistida *post mortem*.

Para a realização dessa técnica, será utilizado ou um embrião congelado, ou material genético criopreservado do cônjuge falecido. Essa técnica gera diversos questionamentos na doutrina sobre os direitos sucessórios do filho póstumo, pelo fato de o Código Civil (CC) de 2002 mencionar apenas pessoas já concebidas como legitimadas a suceder.

O que se busca, na presente obra, é apresentar se existe a possibilidade de o material genético do cônjuge ser utilizado, mesmo após sua morte, para que seja dada continuidade ao projeto parental do casal e analisar a possibilidade de ser reconhecida a capacidade sucessória ao filho gerado através de reprodução humana assistida *post mortem*.

2 Temáticas da Bioética e do Biodireito

Os questionamentos no campo da Bioética já estão presentes, desde o século passado, devido às transformações sofridas nas áreas da biologia e da tecnologia relacionadas aos seres humanos, que acabaram criando ramos novos. Do mesmo modo, por conta delas, foi necessária a criação de novo ramo do Direito que trataria, especificamente, de temas provenientes dessas transformações.

A revolução biotecnológica, que teve início no século passado, com o encontro ocorrido entre a engenharia, a medicina e a biologia, instituiu um marco divisório na história, principalmente no que concerne a diagnósticos e terapias. Torna-se evidente que, nos últimos 20 anos, o homem passou a interferir de forma direta e determinante, em processos que, até então, eram regidos, apenas e exclusivamente, pelas leis da natureza.¹

Os novos conhecimentos científicos e biotecnológicos possibilitaram o desenvolvimento de novos fármacos, tratamentos, aparelhos e procedimentos médicos, inclusive, novas formas de reprodução humana e o desenvolvimento da engenharia genética. Esses conhecimentos proporcionaram significativos benefícios à saúde humana, à qualidade e expectativa de vida.²

No entanto, a ciência autônoma – aquela que fora concebida no final do Medievo –, passou a instrumentalizar a vida humana tanto para o bem quanto para o mal, desde sua concepção até sua morte; por fim, apropriou-se do último abrigo humano, que até então era o gene humano.³

A preocupação vinculada a esses novos procedimentos vem à tona quando a sociedade considera que a manipulação genética, em termos germinativos, poderá modificar o patrimônio genético não apenas do indivíduo, mas da humanidade. Diante desse contexto, aflora o risco de nova eugenia, no entanto, agora, em

¹ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 104.

² MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 24.

³ ROCHA, *loc. cit.*

busca de talentos e não apenas de características físicas.⁴

O risco que um caso de eugenia poderia causar na sociedade já estava presente na obra *O admirável mundo novo*, uma ficção científica escrita em 1931, pelo autor inglês Aldous Huxley, sobre o totalitarismo político-científico, que viria a se concretizar anos mais tarde, nas duas Grandes Guerras Mundiais através do regime nazista-hitlerista.⁵

Nessa obra, o autor descreve uma sociedade cientificamente ordenada, hierarquizada e condicionada por meio de doses regulares de satisfação química, que eram realizadas pela ingestão frequente de “pílulas da felicidade”, e a manutenção da servidão voluntária era alcançada através de ideologias inculcadas durante o sono.⁶

Para que essa sociedade *perfeita* fosse possível, segundo o autor, seria necessário o aperfeiçoamento biológico da espécie humana, situação em que já se presumia crianças sendo concebidas e gestadas em laboratórios. Esse procedimento ocorreria em linhas de produção artificiais, sendo que quem teria o controle total sobre o desenvolvimento desses embriões seriam os cientistas do Estado.⁷

Já nesse contexto, a manipulação genética de embriões iria garantir a produção de alguns seres humanos dotados de habilidades especiais, outros destinados ao trabalho braçal e alguns destinados a comandar, visto que o autor considerava que, através desse controle não violento, seria possível que as pessoas aceitassem, de forma pacífica, seu papel na sociedade.⁸

Por esse breve resumo de uma obra escrita em 1931, é possível verificar que a eugenia é um tema bastante complexo e que pode ser utilizado em grande escala contra a sociedade, por isso a preocupação com o que as técnicas de reprodução humana assistida podem causar.⁹

Tendo em vista a velocidade com que alterações no ramo das ciências biomédicas ocorreram, elas logo possibilitaram o alívio

⁴ *Ibidem*, p. 105.

⁵ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 109.

⁶ ROCHA, *loc. cit.*

⁷ ROCHA, *loc. cit.*

⁸ ROCHA, *loc. cit.*

⁹ ROCHA, *loc. cit.*

da dor, a superação da infertilidade e o prolongamento da vida. Por esse motivo, diversos questionamentos éticos, jurídicos e políticos surgiram sob a perspectiva de que era necessário impor limites aos avanços científicos.¹⁰

De fato, a ameaça desses novos procedimentos gerou uma ética que fosse específica para a sociedade biotecnológica, com a intenção de que a dignidade da pessoa humana fosse preservada ante os abusos do biopoder e da revolução biotecnológica, que foram estimuladas pela descoberta do DNA, da geneterapia, das recentes técnicas biomédicas e farmacológicas, através de uma reflexão que é típica da bioética sobre a vida e a morte.¹¹

Em relação às questões sobre infertilidade humana, consolidou-se a ideia de que a vida do ser humano se torna um objeto à ciência, já que ela alterou, profundamente, a reprodução humana com o desenvolvimento da genética e com o surgimento de técnicas de reprodução assistida.¹²

O biodireito é analisado na mesma abordagem da bioética, pois surge com o intuito de impor alguns limites ao progresso científico-tecnológico, principalmente quando estiver em conflito com a dignidade da pessoa, apresentando seus conceitos doutrinários.¹³

Entende-se que, com a rapidez dos avanços provocados pelas ciências biomédicas e com o surgimento de difíceis questões ético-jurídicas produzidas por elas, o Direito não teria como deixar de tomar providências, pois essas causam riscos à espécie humana. Assim sendo, há a necessidade de impor limites à liberdade de pesquisa, mesmo que esteja consagrada no art. 5º, IX, da CF/88.¹⁴

Com esses novos estudos, os aspectos referentes ao final da vida humana também foram alterados pelas pesquisas científicas. O processo de morte natural está sendo protelado por diversas

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

¹² ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 105.

¹³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotechnology, biodireito e saúde: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 3. v. 2.

¹⁴ DINIZ, *op. cit.*, p. 31.

práticas terapêuticas, que são capazes de adiar, ao máximo, a morte de pacientes ou mantê-los vivos de forma artificial através do uso de equipamentos específicos.¹⁵

O que fez com que a bioética e o biodireito se tornassem necessários foi o surgimento da biotecnologia que é tida como um avanço científico-tecnológico com aplicação e consequências na vida humana, por isso suas práticas devem ser reguladas e orientadas pela bioética e pelo biodireito.¹⁶

Destaca-se que a biotecnologia proporcionou novas perspectivas de melhoria da vida humana, contudo trouxe, consigo, também, efeitos nefastos aos homens. Essas melhorias apresentadas pelas áreas da medicina e das ciências biológicas fizeram com que diversos questionamentos fossem feitos em relação à ética utilizada nas novas relações sociais.¹⁷

Tendo em vista que é possível que ocorram conflitos entre a liberdade da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa, a resolução, ou o ponto de equilíbrio, deverá ser o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual é um fundamento do Estado Democrático de Direito previsto na CF/88. Destaca-se que a liberdade científica sofrerá limitações, para que o ser humano seja preservado na sua dignidade.¹⁸

Por isso é que os questionamentos no ramo da bioética são tantos, pois ela analisa todas as possibilidades, ou seja, as respostas morais para os questionamentos das ciências biomédicas. E ao Direito cabe, quando for necessário, estabelecer normas jurídicas para esses novos procedimentos, já que os impasses, em decorrência do desenvolvimento das ciências biomédicas e da biotecnologia, são inúmeros, e os profissionais do Direito devem se preparar para enfrentá-los.

¹⁵ ROCHA, *op. cit.*, p. 106.

¹⁶ MALUF, *loc. cit.*

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

2.1 Evolução da bioética

A constante evolução, nas áreas da medicina e das ciências, fez com que as pessoas passassem a questionar sobre a necessidade de implantação de limites, para que os seres humanos fossem protegidos. Desse modo, a bioética foi utilizada como ponto de partida para que isso ocorresse.

A preocupação com a ética, aplicada a novos conhecimentos científicos e biotecnológicos relacionados à saúde humana e ao meio ambiente, fez com que fosse introduzido novo campo de estudo, denominado de bioética, destinado à reflexão e à discussão interdisciplinar sobre parâmetros que pudessem servir como critérios à realização de pesquisas ou experimentos com seres humanos e a utilização desses resultados.¹⁹

Esse receio teve início, principalmente, após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo tomou conhecimento das crueldades cometidas nos campos de concentração, especialmente aquelas cometidas por médicos nazistas, que realizavam diversas experimentações com seres humanos.²⁰

Os médicos nazistas envolvidos nos casos de experimentação com seres humanos foram julgados pelo Tribunal Militar americano. Para enfrentar as questões praticadas por esses médicos, foram elaboradas dez regras que deveriam ser seguidas em todas as pesquisas em que fossem realizadas experiências com seres humanos. Essas regras passaram a ser conhecidas como “Código de Nuremberg”, que foi considerado o primeiro documento a tratar sobre os perigos do progresso científico.²¹

Em vista disso, a bioética surge na segunda metade do século XX diante das descobertas científicas e biológicas, que desencadearam diversos questionamentos sobre a medicina, a biologia e a genética que, anteriormente, não eram sequer imaginados. O seu surgimento priorizava o vínculo com os limites que precisavam

¹⁹ MARTINS-COSTA; MÖLLER, *op. cit.*, p. 42.

²⁰ DURAND, Guy. **Introdução geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 40.

²¹ DURAND, *loc. cit.*

ser impostos aos avanços nessas áreas.²²

Os questionamentos promovidos pela ética e pela bioética, após esses acontecimentos, demonstraram que seria necessário traçar limites às realizações da ciência, aos seus procedimentos e às suas aplicações.²³

A palavra *bioética* foi utilizada, pela primeira vez, em 1927, pelo filósofo alemão Fritz Jahr, e sua definição ocorreu através da junção das palavras gregas *bíos* (vida) e *ethos* (comportamento). Para esse filósofo a bioética seria considerada uma nova disciplina acadêmica que fixaria obrigações morais em relação a todos os seres vivos. Esse conceito estava presente em seu artigo publicado na revista *Kosmos*, no mesmo ano.²⁴

Para Jahr a bioética era caracterizada como o reconhecimento de obrigações éticas, não somente com relação ao ser humano, mas com todos os seres vivos. Em seu artigo definiu que existiria o “imperativo bioético”, a partir do qual todo ser vivo deveria ser respeitado como um fim em si mesmo e que, se possível, fosse tratado como ser vivo.²⁵

No entanto, o termo *bioética* passou a ser divulgado em grande escala, através da obra *Bioethic: bridge to the future*, publicada em 1971, pelo oncologista Van Rensselaer Potter. Em sua obra, o autor propõe que seja realizada a construção de uma ética-ponte, que fosse capaz de mediar as relações entre as ciências e as humanidades, mas que fosse voltada, principalmente, aos problemas ambientais e às questões relacionadas à saúde.²⁶

Para Potter a bioética caracterizava-se como a ciência da sobrevivência. Devido ao livro que havia escrito e por querer estabelecer uma relação entre as ciências e as humanidades com o intuito de garantir o futuro das próximas gerações, a primeira

²² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 7.

²³ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.

²⁴ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

²⁵ MARTINS-COSTA; MÖLLER, *op. cit.*, p. 55.

²⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 7.

fase da bioética foi qualificada como *ponte*.²⁷

Destaca-se que, no mesmo ano em que Potter utilizou a palavra *bioética* pela primeira vez, na Inglaterra, o obstetra holandês André Hellegers também empregou o termo, mas para denominar os novos estudos que estavam surgindo na área de reprodução humana.²⁸

O conceito de bioética passou por diversas fases desde sua criação. Após a definição de *ponte*, Potter passou a conceituá-la como “bioética global”, pois seu objetivo era ampliar as discussões sobre os novos desafios ambientais que estavam surgindo e não apenas aqueles relacionados a questões da medicina e da saúde.²⁹

Já em 1998, no IV Congresso Mundial de Bioética, realizado em Tóquio, Potter redefiniu o conceito de bioética passando a tratá-la como “bioética profunda”, já que a nova ciência ética combinaria humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural em que o senso de humanidade seria potencializado.³⁰

Com o novo conceito exposto por Potter e retomando a ideia inicial de Fritz Jahr, foi possível determinar que a bioética é uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar relacionada à adequação das ações que envolvam a vida e o viver.³¹

Por fim, Potter chegou à definição de “bioética complexa”, que permite que as tomadas de decisão que envolvam questões bioéticas práticas sejam realizadas através de um processo integrado. Para que essa integração ocorra, é preciso que seus componentes básicos sejam compreendidos, ou seja, somente dessa forma será possível a resolução de casos concretos com a utilização do “processo de interfaceamento”.³²

O desenvolvimento do “processo de interfaceamento” incluiria a bioética como um espaço dentre os diferentes aspectos

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 56.

²⁸ MARTINS-COSTA; MÖLLER, *loc. cit.*

²⁹ MARTINS-COSTA; MÖLLER, *loc. cit.*

³⁰ MARTINS-COSTA; MÖLLER, *loc. cit.*

³¹ *Ibidem*, p. 68.

³² MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 68.

envolvidos em um problema. Ela seria uma reflexão sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver, e, através desse processo, ocorreriam tomadas de decisão que abrangeriam, integrariam e ampliariam as perspectivas de resolução de problemas advindos de casos concretos.³³

Atualmente, segundo o Instituto Kennedy de Ética da Universidade Georgetown, nos Estados Unidos, precursor na organização da *Enciclopédia da Bioética*: o conceito de bioética seria este:

Bioética é um neologismo derivado das palavras gregas *bíos* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.³⁴ (Grifo nosso).

Observa-se que a definição de *bioética* garante a multiplicidade de olhares sobre uma mesma questão e fortalece o compromisso com a riqueza que advém da diversidade presente nas concepções existenciais; das diversas opiniões; das visões de mundo diferentes; e dos valores distintos; por fim, isso revela o espírito que está presente em suas reflexões: o respeito e a tolerância.³⁵

Logo após a utilização desse termo e de os comitês bioéticos serem implantados, no ano de 1974, nos Estados Unidos, foi criada a Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Comportamental e Bioética. Já no Relatório Belmont, que foi criado quatro anos mais tarde, foram determinados os princípios éticos que regeriam as pesquisas com seres humanos.³⁶

O Relatório Belmont, definido por Pessini,

³³ *Ibidem*, p. 70-71.

³⁴ REICH, Warren T. *Encyclopedia of Bioethics*. 2th ed. New York: Macmillan, 1995. p. XXI. v. 1.

³⁵ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 68.

³⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 8.

tornou-se a declaração principalista clássica, não somente para a ética da experimentação humana, mas para a reflexão ética em geral. Os três princípios éticos identificados pelo Informe Belmont foram: *o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça*.³⁷ (Grifo do autor).

É através desses princípios que a bioética busca estabelecer padrões éticos às práticas dos profissionais da saúde e da biologia, para que seja possível avaliar suas implicações na sociedade e nas relações entre os homens e, ainda, entre a relação dos homens com os demais seres vivos.³⁸

Para maior compreensão dos motivos pelos quais os princípios bioéticos foram criados, é necessário apresentar alguns casos que foram fundamentais, para que os avanços médicos e tecnológicos passassem a ser observados e controlados por diversos comitês.

O primeiro caso que merece destaque envolve a criação de um aparelho, no ano de 1961, que era capaz de realizar as funções do rim. Esse aparelho foi criado pelo médico Scribner. O procedimento a ser realizado por esse aparelho era a purificação artificial do sangue, o qual, atualmente, é conhecido como hemodiálise.³⁹

Devido ao sucesso do tratamento, a demanda imediatamente superou as possibilidades de atendimento na época. Por esse motivo, foi necessário decidir quem receberia o tratamento e por que. Para que essas definições fossem realizadas, em 1962, foi criado um comitê, que definiu os critérios que seriam utilizados para escolher quem iria receber o tratamento.⁴⁰

Outro caso considerado relevante foi a publicação de um artigo, em 1966, escrito por Henry Beacher, que era professor e anestesista em *Harvard*. Nesse artigo, ele demonstra, estatisticamente, que 12% dos artigos médicos que foram publicados em

³⁷ PESSINI, Léo. Os princípios da bioética: breve nota histórica. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (org.). **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002. p. 52.

³⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 8.

³⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁰ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

uma renomada revista científica da época eram resultados obtidos através de pesquisas que utilizavam técnicas contrárias à ética.⁴¹

A partir desse episódio, consolidou-se a ideia de que era necessário criar mecanismos de controle tanto às pesquisas quanto aos tratamentos, nas áreas de pesquisas científicas, principalmente naquelas envolvendo seres humanos.⁴²

Em 1967, foi realizado o primeiro caso de transplante de coração, procedimento que foi efetuado pelo cirurgião Christian Barnard. Esse caso merece ser mencionado, pois, para que o transplante fosse executado, o coração que seria transplantado foi removido (ainda em funcionamento), de um indivíduo que havia sido diagnosticado com morte encefálica.⁴³

Após a realização desse procedimento, diversos questionamentos foram feitos, principalmente, sobre quando alguém poderia ser considerado morto, e quem determinaria esse momento: o Direito ou a ciência.⁴⁴

O último caso a ser apresentado sobre um fato ocorrido na cidade de *Tuskegee* no Alabama, Estados Unidos, no período de 1932 a 1972, ficou conhecido como “Caso Tuskegee”. Nessa cidade, foi realizada uma pesquisa, abordava a evolução natural da sífilis, porém foi executada sem qualquer tipo de tratamento.⁴⁵

Desse caso é importante destacar que todos os *voluntários* eram negros. Eles foram informados que estavam recebendo tratamento para a doença, porém estavam sendo enganados pelos pesquisadores. Estima-se que 600 negros fizeram parte dessa pesquisa, e que, no final dela, apenas 74 ainda estavam vivos, e que 19 bebês tinham nascido com sífilis congênita devido às mães estarem infectadas.⁴⁶

Os casos apresentados são apenas exemplificativos, pois inúmeros outros casos contribuíram para que fossem criados limites em pesquisas e tratamentos médicos. Isso proporcionou

⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

⁴² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 6.

⁴³ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

⁴⁴ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

⁴⁵ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

⁴⁶ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

o desenvolvimento da bioética e de seus princípios.

Por isso, que o rápido desenvolvimento da bioética decorre dos avanços biotecnológicos, que obrigaram a sociedade a meditar acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, já que a bioética tenta esclarecer demandas éticas e refletir sobre cada caso concreto, demonstrando que existe um mínimo de dignidade que não poder ser negociado.⁴⁷

Desse modo, o caráter reflexivo que a bioética possui é importante para o futuro da humanidade, a fim de que, através dos seus objetivos e métodos, a ciência respeite a dignidade da pessoa humana. Por se tratar de uma área inovadora, apresenta afinidades com atividades profissionais de diversas áreas que, diariamente, se confrontam com questões éticas e inúmeras dúvidas relacionadas à vida, à saúde e às novas biotecnologias.⁴⁸

Destaca-se que, mesmo que a bioética esteja identificada, historicamente, com a medicina, não está limitada a ser uma ética médica, pois sua abrangência, como verificado, é muito mais ampla, já que inclui terapias biomédicas e outras áreas vinculadas à saúde humana, e também, se preocupa com as interações entre animais, vegetais e demais conexões com o meio ambiente.⁴⁹

Dessa forma, a bioética faz parte da filosofia, sendo uma ética médico-científica, que estuda os avanços da biomedicina, o desenvolvimento da biotecnologia, as insurgentes e revolucionárias realizações das ciências biológicas, para que se possa refletir, analisar e formular juízos de valor diante dessa nova realidade. Os questionamentos feitos pela bioética são abertos, infinitos, haja vista que partem também de premissas provisórias e apresentam respostas filosóficas para essas questões, porque, no final, o que ela busca é dar sentido a esses feitos.⁵⁰

Cabe destacar que para a autora Adriana Maluf o termo

⁴⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 5. v. 2.

⁴⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Consulex, 2006. p. 13.

⁴⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 15.

⁵⁰ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 84.

bioética é definido como “o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental”.⁵¹

Ainda que existam diversos conceitos para expressar o significado de *bioética*, o que todos têm em comum é o fato de ela ser considerada uma abordagem ética no trato da vida humana, sem deixar de seguir os princípios norteadores que a regem.⁵²

Do mesmo modo que passou a ser questionada a forma com que era utilizada a ética nos procedimentos médicos, esses questionamentos também se refletiram no Direito, de modo que fossem estabelecidos limites jurídicos às práticas biomédicas e que dessem início a uma regulamentação. Esse tema chega a ser considerado um novo ramo do Direito, pois que estudaria e normatizaria questões *bioéticas*, e, por isso, foi denominado de *biodireito*.⁵³

A *bioética* torna-se importante ao Direito, pois faz parte da resolução de conflitos jurídicos. Assim, a *bioética* é considerada uma disciplina transdisciplinar, pois seus estudos e questionamentos não possuem limites vinculados às áreas do saber. Ela busca entender os fenômenos por completo. Já o *biodireito* constitui-se como uma disciplina característica da dogmática jurídica e teve sua origem na preocupação ética dos operadores da saúde e das ciências biológicas.⁵⁴

Dessa forma, a atuação dela está direta, estrita e umbilicalmente relacionada ao *biodireito*, já que é ela que fornece algumas das bases valorativas que norteiam o conjunto de normas biojurídicas.⁵⁵

⁵¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**: novas fronteiras da Ciência Jurídica. 2. ed. São Paulo: Altas, 2013. p. 6.

⁵² MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e saúde**: novas fronteiras da Ciência Jurídica. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 8. v. 2.

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 42.

⁵⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 9.

⁵⁵ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 84.

2.2 Evolução do biodireito

Diante das inovações proporcionadas pelas ciências biomédicas, pelas tecnologias relacionadas à saúde e ao meio ambiente e ainda pela engenharia genética, cabe também ao Direito a tarefa de oferecer respostas aos questionamentos gerados e impor limites quando necessário. É nesse contexto que nasce o biodireito considerado um microsistema jurídico voltado às áreas citadas.

Esse novo microsistema jurídico busca tratar, especificamente, de questões doutrinárias ou fáticas, de caráter sistêmico-conceitual, ou empírico e normativo dos atos ou fatos que estão relacionados às biociências e às suas técnicas ou procedimentos, contudo ainda revela divergência doutrinária quanto à sua aplicabilidade.⁵⁶

Por esse motivo, a anuência do neologismo *biodireito* ainda não ocorre de forma pacífica, visto que para alguns doutrinadores, não é possível tratar de novo ramo do Direito, mas de um encontro de todas as expressões da biologia que sofrem influência da Ciência Jurídica.⁵⁷

De acordo com Diniz, o Direito não pode rejeitar os desafios levantados pela biomedicina; dessa maneira, surge nova disciplina denominada de biodireito, um ramo jurídico que toma por fontes imediatas a bioética e a biogenética. Tendo a vida como objeto principal, no entanto, a verdade científica não irá sobrepor-se à ética e ao Direito, assim como o avanço científico não acobertará crimes contra a dignidade humana.⁵⁸

Para que as normas éticas sejam efetivas, necessitam do Direito. No âmbito das normas em geral, é o que ocorre, e com a bioética não seria diferente. A fim de que a efetividade dela ultrapasse o âmbito da medicina, e, por consequência da ética deontológica, as regras derivativas da bioética necessitam do

⁵⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Consulex, 2006. p. 26.

⁵⁷ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Consulex, 2006. p. 25.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

biodireito, ou seja, precisam ser juridicamente positivadas.⁵⁹

Mesmo que em muitos casos de debate sobre a bioética a lei não esteja presente, o Direito estará, já que onde há sociedade, há Direito, pois não existe sociedade sem direitos. Sendo assim, as normas jurídicas tornam-se importantes, mas devem buscar a evolução, e sua elaboração deve ocorrer através do diálogo.⁶⁰

Destaca-se que existe certa resistência diante da proposta de definir o biodireito como novo ramo do Direito. Isso ocorre devido ao risco de que se estabeleça um sistema de regras fechado e que torne inviável o desenvolvimento médico-científico, já que, no âmbito das ciências biológicas, as transformações ocorrem de forma mais acelerada.⁶¹

Ainda que o biodireito apresente lacunas, justificadas, neste momento, pelo estágio embrionário de seu desenvolvimento, a doutrina está dedicada ao estudo científico do Direito, seja com um propósito meramente especulativo, seja com o objetivo de elucidar as normas jurídicas, para que ocorra sua exata compreensão. Os esforços empreendidos são para, em primeiro lugar, identificar sua origem e posicionar o biodireito historicamente, no universo jurídico. E, em segundo lugar, justificar que existe a necessidade de afirmá-lo como outro ramo do Direito.⁶²

O biodireito é considerado um ramo do Direito que possui como preocupação a tutela do bem jurídico, a vida diante do avanço do desenvolvimento de práticas biomédicas e científicas, com atenção à dignidade da pessoa e de acordo com seus princípios, ainda que não consagrados.⁶³

Os desafios do biodireito são inúmeros, principalmente no que diz respeito a apresentar respostas às diversas indagações que surgiram nos últimos anos. A primeira delas está relacionada, a se é tecnicamente possível, será juridicamente permitido. Outros questionamentos serão feitos, como, por exemplo, sobre

⁵⁹ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 69.

⁶⁰ VIEIRA, *op. cit.*, p. 10.

⁶¹ ROCHA, *op. cit.*, p. 72.

⁶² *Ibidem*, p. 101.

⁶³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. v. 2. p. 8.

o embrião humano, se ele está suficientemente protegido, bem como demais questões sobre pesquisas realizadas com a utilização de seres humanos.⁶⁴

Entre as diversas questões complexas apresentadas, no campo de atuação do biodireito e que surgiram, principalmente, na última metade do século XX, como resultado das transformações sociais, em especial, são aquelas nas áreas médica e biológica, que tornaram possível a manipulação genética do ser humano.⁶⁵

Dessa forma, compete ao biodireito refletir tanto sobre as normas quanto sobre os critérios de julgamento das novidades apresentadas pela biotecnologia. Já que os sistemas clássicos do Direito não apresentam respostas à maior parte dos casos reais envolvendo a utilização dessas novidades, a busca por soluções deve ser fundamentada em valores e princípios que estão acima dessas revoluções.⁶⁶

A abordagem desse novo ramo deve ser multidisciplinar, visto que seus estudos confrontam institutos do Direito Público, Privado e Difuso e invocam a filosofia do Direito em busca de seu fundamento ético-jurídico, que deve ser abordado a partir da noção da necessidade de ser observada a dignidade do ser humano e não apenas da dignidade da pessoa, consideradas expressões distintas para o Direito.⁶⁷

De acordo, com o que foi apresentado, o autor Paulo Otero identifica o biodireito como Direito da Vida, pois

[...] incide sobre a vida e não sobre a personalidade, daí que procure chegar a domínios relacionados com a pessoa humana cronologicamente anteriores à aquisição da personalidade – todo setor anterior ao nascimento completo e com vida – e projetar-se para além do termo personalidade jurídica.⁶⁸

⁶⁴ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 101.

⁶⁵ ROCHA, *loc. cit.*

⁶⁶ OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A inviolabilidade da vida humana embrionária**: para o equilíbrio do Sistema Gaia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 26-27.

⁶⁷ ROCHA, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁸ OTERO, Paulo. **Direito da vida**: relatório sobre o programa, conteúdo e

Esse autor ainda conceitua, de forma genérica, o biodireito como sendo um conjunto de normas e princípios jurídicos que regulam a origem, o desenvolvimento e o término da vida humana.⁶⁹

Já o autor Daury Cesar Fabríz caracteriza o biodireito da seguinte forma:

De tal modo, caracteriza-se o Biodireito como o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana, em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. O Biodireito outorga tratamento ao homem não como ser individual, mas acima de tudo como espécie a ser preservada. O Biodireito abarca os direitos morais pertinentes à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos.

Segundo o autor, o biodireito contempla diversos direitos dentro de sua definição. Esses direitos foram conquistados pelos humanos através dos anos, em épocas diferentes, por isso são divididos em gerações ou dimensões, e cada uma delas abrange direitos necessários para tal época específica e para garantir o futuro das próximas gerações.

Na primeira dimensão de direitos, estão aqueles que são naturais e, por isso, inerentes ao homem; fundamentam-se, acima de tudo, na demarcação entre Estado e não Estado, demarcação que está fundamentada no berço da teoria contratualista, que possui como inspiração a individualidade. Os direitos de primeira geração são os seguintes: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.⁷⁰

Já os direitos de segunda geração surgem com a consolidação do Estado Liberal e com o surgimento da produção industrial. Assim, é necessário o reconhecimento dos direitos de segunda

métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004. p. 30-31.

⁶⁹ OTERO, Paulo. **Direito da vida**: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

⁷⁰ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 111.

geração, os quais são certificados como uma resposta às péssimas condições de vida à que a maioria da população era submetida após o estabelecimento da economia de mercado.⁷¹

De acordo com Paulo Bonavides, os direitos de segunda geração são aqueles direitos tidos como sociais e econômicos, não apenas vinculando-os como direitos só dos indivíduos, mas os relacionando às classes sociais. São eles os direitos sociais, culturais e econômicos, incluindo os direitos coletivos e de coletividade.⁷²

Esses direitos foram introduzidos através da Constituição Mexicana, de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, já que as duas abordavam uma nova ideologia e uma reflexão antiliberal naquele século.⁷³

Destaca-se que esses novos direitos buscavam não apenas tutelar o direito à vida, mas, acima de tudo, garantir direitos como: educação, saúde, trabalho e lazer, os quais proporcionassem ao homem que não só vivesse, mas que vivesse de forma digna.⁷⁴

Com o início do século XX e, após as duas Grandes Guerras Mundiais tornou-se necessária a criação de nova geração de direitos, que teriam como fundamento a solidariedade, considerada equivalente ao ideário francês de fraternidade. Essa nova geração de direitos teria como destinatários os seres humanos como um todo, ou seja, tratava-se de direitos para humanidade.⁷⁵

Nesse rol de direitos de terceira-geração, estão presentes direitos relacionados ao desenvolvimento; o direito à paz, o direito ao meio ambiente e o direito à propriedade sobre o patrimônio, que são comuns à humanidade, por fim o direito de comunicação, conforme destaca o doutrinador Paulo Bonavides.⁷⁶

Nas palavras desse autor Paulo Bonavides, a evolução histórica dos direitos humanos poderia ser sintetizada desta forma:

⁷¹ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 117.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 518.

⁷³ ROCHA, *loc. cit.*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 118.

⁷⁵ ROCHA, *loc. cit.*

⁷⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 523.

Direitos de primeira geração, no consenso dos publicistas, foram os direitos individuais: direitos de segunda geração, os direitos econômicos, sociais e culturais, e de último, na idade da tecnologia direitos de terceira geração, aqueles que entendem como a paz, o desenvolvimento [...] três gerações regidas [e] inspiradas sucessiva e cumulativamente pelos princípios da liberdade, igualdade e da solidariedade.⁷⁷

Atualmente, admite-se a necessidade de identificar a existência de uma quarta-dimensão de direitos, em razão dos avanços no âmbito da biotecnologia, da biociência e biomedicina, e das demais ciências que possibilitaram a manipulação da vida humana em seus diferentes estágios.⁷⁸

Com o surgimento de novas formas de criação de seres humanos, com a possibilidade da clonagem, com as técnicas de fertilização do embrião *in vitro*, cada vez mais aprimoradas, surge o biodireito, não apenas como novo ramo do Direito, mas como um direito de quarta-dimensão, para proteger a vida em outra/nova dimensão, no processo vital.⁷⁹

Porém, em sede nacional, parte da doutrina ainda não reconhece tanto a existência de uma quarta-dimensão quanto a afirmação de que o biodireito é mais um ramo do Direito, que integra a nova dimensão de direitos.⁸⁰

O biodireito ainda é uma disciplina que está no início do universo jurídico, por isso não ocupa lugar nos currículos das faculdades de Direito ou na dogmática. Não apresenta uma teoria geral, nem conceitos, princípios e fundamentos próprios desse novo ramo jurídico.⁸¹

Como se observa, os temas que envolvem a análise do biodireito são polêmicos, e, por isso, não se espera que o Direito tenha

⁷⁷ *Ibidem*, p. 530.

⁷⁸ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 122.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 123.

⁸⁰ ROCHA, *loc. cit.*

⁸¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 3.

uma decisão absoluta para tudo, mas que as soluções dessas discussões sejam legítimas e corretas para cada caso.

Desse modo, cabe ao Direito a tarefa de oferecer respostas às indagações, já que são situações que envolvem bens e valores que já foram elevados como históricas conquistas, principalmente como direitos fundamentais e princípios-base do ordenamento jurídico.

2.3 Princípios

A criação dos princípios de bioética ganha força após a confecção do Relatório Belmont, documento que foi criado pelos Estados Unidos após vários encontros realizados pela Comissão Nacional para Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Comportamental e Biomédica. O relatório final foi apresentado em 1978, quatro anos após seu início.⁸²

O Relatório Belmont foi criado com o objetivo de apresentar um estudo que identificasse quais seriam os princípios éticos básicos, que deveriam guiar a experimentação de seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina. Esses princípios são considerados racionalizações abstratas de valores, decorridos da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.⁸³

Segundo consta no relatório, os princípios básicos de bioética são: autonomia, beneficência e justiça. Observa-se que, inicialmente, o relatório não apresentava distinção entre o princípio da beneficência e o da não maleficência. O primeiro se refere à ação de fazer o bem, e o segundo, a omissão de não fazer o mal. As investigações e diretrizes de bioética deverão ter esses princípios como parâmetros.⁸⁴

O princípio da autonomia, presente atualmente no “Código de Ética Médica”, nos arts. 24 e 31, estabelece que o profissional

⁸² SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 35.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 39.

da saúde respeite a vontade do paciente, ou ele, não podendo expressar sua vontade, seja respeitada a do seu representante, sendo levados em consideração, na medida do possível, os valores morais as crenças religiosas dele.⁸⁵

Esse princípio reconhece que o paciente tem domínio sobre a própria vida, e que sua intimidade deve ser respeitada. Considera que ele seja capaz de se autogovernar, ou seja, tem a opção de agir de acordo com suas decisões e, por isso, deve ser tratado com autonomia.⁸⁶

Por fim, o princípio da autonomia seria definido como a capacidade que o paciente tem de atuar com conhecimento de causa e sem nenhuma coação ou influência externa. Como destacado inicialmente, aqueles que têm vontade reduzida devem ser protegidos; em decorrência disso, também está presente, no “Código de Ética Médica”, a exigência de consentimento livre e informado, e ainda, a maneira como essas decisões deverão ser tomadas.⁸⁷

O princípio da beneficência determina que o atendimento realizado pelo médico ou geneticista deverá observar os mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas médicas ou biomédicas, para que, com isso, o bem-estar do paciente seja atingido, e, na medida do possível, que quaisquer danos sejam evitados.⁸⁸

Princípio, esse, fundamentado na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em especial o médico, somente poderá utilizar determinado tratamento para o bem do enfermo, de acordo com a capacidade e juízo dele. O tratamento não será realizado para fazer o mal ou praticar injustiça com o doente.⁸⁹

Para que o princípio da beneficência seja cumprido, nos casos de moléstia, o profissional deverá criar, na *práxis* médica, o hábito de auxiliar, ou socorrer, mas sem prejudicar, ou causar mal, ou até mesmo causar danos ao paciente.⁹⁰

⁸⁵ DINIZ, *loc. cit.*

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

⁸⁷ DINIZ, *loc. cit.*

⁸⁸ DINIZ, *loc. cit.*

⁸⁹ DINIZ, *loc. cit.*

⁹⁰ DINIZ, *loc. cit.*

As regras que devem ser cumpridas com a aplicação desse princípio, de acordo com a doutrina, são que os danos não sejam causados, e que os benefícios sejam maximizados, minimizando possíveis riscos aos quais o paciente possa vir a ser submetido.⁹¹

O princípio da não maleficência, inicialmente, não estava presente no Relatório Belmont, mas ele é um desdobramento do princípio da beneficência, pois trata da obrigação de não causar dano intencional, que é derivado da máxima da ética médica: *primum non nocere*, que significa, *primeiro não prejudicar*.⁹²

O último princípio presente no relatório é o princípio da justiça, requer imparcialidade tanto na distribuição dos riscos quanto dos benefícios presentes na atividade médica dos profissionais da área da saúde, tendo em vista que os iguais devem ser tratados igualmente, para que não ocorram discriminações.⁹³

Esse princípio busca a justiça distributiva, ou seja, exige que uma relação equânime esteja presente nos benefícios, riscos e encargos oferecidos pelos serviços de saúde ao paciente. O Relatório Belmont já apresentou as propostas de como os benefícios e riscos devem ser distribuídos; por exemplo, deve ser oferecido a cada pessoa uma parte igual, de acordo com sua necessidade e conforme seu esforço individual, baseado em sua contribuição para com a sociedade e que corresponda ao seu mérito.⁹⁴

Embora o biodireito não tenha ainda seus princípios definidos, na sua essência, incorpora os princípios que regem a bioética, e a doutrina passa a utilizar os seguintes princípios de apoio nas tomadas de decisão: precaução, responsabilidade, dignidade e sacralidade da vida.⁹⁵

O princípio da precaução consiste, principalmente, em verificar e evitar riscos potenciais, quer dizer, ele exige que se tomem os devidos cuidados antecipados às práticas médicas e biotecnológicas.⁹⁶

⁹¹ *Ibidem*, p. 40.

⁹² DINIZ, *loc. cit.*

⁹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 40.

⁹⁴ DINIZ, *loc. cit.*

⁹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 11. v. 2.

⁹⁶ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição**

Tendo em vista que o princípio da precaução foi incorporado ao Direito Ambiental, cabe apresentar como Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves conceituam esse princípio:

O princípio da precaução proporciona maior proteção que a simples prevenção, por se ocupar da probabilidade de mal sério e irreversível. Enquanto a prevenção importa na tomada de medidas para evitar um dano conhecido e esperado, a precaução impede, inclusive, comportamentos que, devido ao estado atual do conhecimento, não representam uma certeza, mas uma mera probabilidade de dano, que por ser sério e irreversível deve ser obstado. Assim, pelo princípio da prevenção, [se] as medidas preventivas não forem adotadas, sabe-se do prejuízo consequente. Já na precaução impede-se a atividade mesmo sem essa certeza.⁹⁷

Desse modo, o *princípio da precaução* não tem apenas relação com o meio ambiente ou com problemas de cunho ambiental, pois, conforme exposto por Maluf, “no âmbito do Biodireito, tal princípio implicaria a impossibilidade de se efetuar qualquer pesquisa científica até que se comprove a inexistência de consequências maléficas – diretas ou indiretas – para o ser humano”.⁹⁸

Já o *princípio da responsabilidade* apresenta o mesmo fim do princípio anterior, no entanto, esse age posteriormente, ou seja, depois que a lesão já se concretizou. É a compreensão de que os atos praticados geram responsabilização por suas consequências, mas para isso o indivíduo deverá ser capaz de discernir e agir sobre seus atos.⁹⁹

O *princípio da dignidade* é aquele que tutela a vida humana em todos seus aspectos. É, através dele, que se garante uma existência

como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 111.

⁹⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 41.

⁹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

⁹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 43.

digna, que deverá prevalecer sobre qualquer malefício que possa ser causado devido aos avanços científico e tecnológico.¹⁰⁰

Por último, o *princípio da sacralidade da vida* decorre, principalmente, do princípio da dignidade e se refere à máxima proteção que a vida deve receber nas atividades médico-científicas. Já que a vida é um bem jurídico inviolável, não pode ser reduzida a simples objeto, muito menos ser sacrificada em benefício da ciência.¹⁰¹

Nesse contexto, tanto o biodireito quanto a bioética devem ter como regra o respeito à dignidade da pessoa humana, que, de acordo com a CF/88, é o fundamento do Estado Democrático de Direito e a essência de todo o ordenamento jurídico. A pessoa humana e sua dignidade prevalecerão sobre qualquer tipo de avanço científico ou tecnológico, pois a vida humana não deverá ser tratada apenas como sobrevivência física, mas sim como uma vida com dignidade.¹⁰²

Portanto, nem tudo que é cientificamente possível será moral e juridicamente possível, por isso as Ordens de Médicos e os Conselhos de Medicina utilizam, como regra, que o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade, e que o ser humano deve ser respeitado em todas as suas fases evolutivas, ou seja, do início ao fim da vida.

De acordo com Diniz,

a bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade.¹⁰³

O que se busca com os estudos concernentes à bioética e ao biodireito é que os benefícios que todas essas técnicas proporcionam superem os prejuízos que possam vir a gerar, e que a

¹⁰⁰ MALUF, *op. cit.*, p. 13. v. 2.

¹⁰¹ MALUF, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 42.

¹⁰³ *Ibidem*, 2017, p. 44.

ciência evolua, mas sem que tal evolução se apresente como uma ameaça à própria espécie humana.¹⁰⁴

Conforme Diniz,

a bioética e o biodireito deverão contribuir para um desenvolvimento controlado das ciências da vida, garantindo o respeito à dignidade da pessoa humana na transformação das condições da existência, constituindo o núcleo de um projeto de formação para a ética da ciência e o componente essencial da cultura geral do século XXI.¹⁰⁵

Por esse motivo, é importante que os ensinamentos da bioética e do biodireito estejam presentes nos cursos profissionalizantes, para que cientistas, médicos, profissionais da área da saúde, advogados, juristas e magistrados direcionem o seu agir e o seu modo de pensar para escolhas democráticas, que possam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

Tendo em vista que a bioética é considerada uma ponte entre o conhecimento biológico e o conhecimento dos valores humanos, para que possa ser eficaz e se refletir nos procedimentos relacionados à vida humana, necessita ser acompanhada, de perto, pelo biodireito, que, após a ocorrência de algum fato e de o apreciar eticamente, deverá intervir de acordo com os riscos biotecnológicos que possam surgir.¹⁰⁷

Pelo desafio que as novas biotecnologias apresentam para o Direito, ele tem como tarefa primordial não somente garantir o direito à vida e à dignidade humana, mas precisa avaliar se essas práticas garantem a integridade das futuras gerações e do meio em que serão inseridas.¹⁰⁸

Diante da abordagem do biodireito e da bioética, se percebe

¹⁰⁴ ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 110.

¹⁰⁵ DINIZ, *op. cit.*, p. 1.086.

¹⁰⁶ DINIZ, *loc. cit.*

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A inviolabilidade da vida humana embrionária**: para o equilíbrio do Sistema Gaia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 74.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A inviolabilidade da vida humana embrionária**: para o equilíbrio do Sistema Gaia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 107.

que os aspectos polêmicos da última se relacionam mais com os Direitos Constitucional, Civil, Ambiental e Penal. Mas o Direito de Família sofreu drásticas mudanças com a bioética, como, por exemplo, em relação à presunção de paternidade, seja ela homóloga, seja ela heteróloga ou *post mortem*, gerando consequências, inclusive, para o Direito das Sucessões.¹⁰⁹

Através do progresso proporcionado pela biomedicina e pela biotecnologia, é de extrema importância que o biodireito e a bioética não fiquem resumidos apenas à regulamentação dos procedimentos, mas que garantam que os avanços dessas áreas sejam utilizados da melhor forma possível.

De acordo com os princípios apresentados, a bioética e o biodireito ocupam-se de questões éticas pertinentes ao começo e ao fim da vida humana, como, por exemplo, às novas técnicas de reprodução assistida, à seleção de sexo, à engenharia genética e à maternidade substitutiva, temas que serão abordados no decorrer deste estudo.

¹⁰⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética**: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Consulex, 2006. p. 30.

3 Reprodução humana assistida

A reprodução humana assistida está sendo desenvolvida desde o final do século XX e está cada vez mais avançada, devido às descobertas no campo da biotecnologia e da genética. Essa evolução da medicina e da tecnologia proporcionou que muitas famílias realizassem o sonho de gerar seus próprios filhos, e que, antes, eram impossibilitadas devido a algum problema de infertilidade ou esterilidade. Porém, atualmente, através de diversos tratamentos possíveis, conseguem dar continuidade ao seu planejamento parental.

3.1 Conceito e breve histórico da reprodução humana assistida

A reprodução humana assistida só foi possível após os avanços nas áreas da medicina, da biologia e da tecnologia. Essas proporcionaram o surgimento de novas áreas como a biotecnologia e a biomedicina, que possibilitaram o detalhamento do material genético humano e do funcionamento da reprodução humana.

Segundo o autor Francisco Amaral,¹¹⁰ o progresso proporcionado pela medicina e pela biologia, no campo da reprodução humana, e da possibilidade de manipulação genética repercutiu nitidamente nas famílias, nas relações de filiação, no casamento e revolucionou os conceitos jurídicos de paternidade, maternidade e filiação introduzindo o Direito de Família a outro patamar.

Como conceitua o autor Gustavo Pereira Leite Ribeiro,¹¹¹ a reprodução humana assistida é “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade

¹¹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 190.

¹¹¹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 286.

e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.

De acordo com Gama,

é fundamental deixar claro que as técnicas de reprodução assistida não são práticas ou tratamentos que curam a esterilidade da pessoa ou do casal, mas são utilizadas como mecanismos de facilitação para que possa ocorrer o processo biológico de fecundação, com posterior gravidez e nascimento da criança que determinadas famílias não teriam se não fosse o acesso às referidas técnicas.¹¹²

A realização de técnicas de reprodução humana assistida derruba diversos paradigmas sobre a procriação humana que já estavam solidificados no ordenamento, porém, após a utilização desse novo procedimento, passaram a ser questionados.

Tendo em vista que para que a procriação ocorra não há mais a necessidade da relação sexual, isso gera a possibilidade de que quem esteja gestando a criança não seja a mãe biológica, ou ainda, que o material genético tenha sido doado por um terceiro que não faça parte do projeto parental.

Inicialmente, é importante destacar que a procriação é um desejo antigo da humanidade, já que é através dela que a continuação da espécie ocorre. Para os povos antigos a procriação estava vinculada à perpetuação do culto aos mortos. Por isso que, quando uma mulher não era capaz de procriar, a sociedade se voltava contra ela.¹¹³

De acordo com Ferraz,¹¹⁴ “a esterilidade era motivo de degradação familiar”. Diante desses casos, o casamento poderia ser anulado, já que era considerado um caso gravíssimo e inaceitável. As mulheres sempre foram as que mais sofreram com isso, pois

¹¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

¹¹³ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 28.

¹¹⁴ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 39.

eram consideradas seres malditos que deveriam ser banidos da sociedade, caso não fossem capazes de reproduzir.

No entanto, existem dois obstáculos que podem impossibilitar que esse desejo seja realizado, sendo definidos como: esterilidade e infertilidade. Mesmo que, muitas vezes, essas palavras sejam utilizadas indistintamente, são diferentes entre si. Enquanto a esterilidade é definida como a impossibilidade de a fecundação acontecer, é considerada uma situação irreversível e definitiva; já a infertilidade é caracterizada pela incapacidade de gerar filhos com vida, podendo essa ser tratada e revertida.¹¹⁵

Mesmo tendo as duas definições médicas distintas, expressam que o casal possui alguma dificuldade para que a procriação seja concluída, e, para efeitos jurídicos não apresentam relevância, pois ambas manifestam o impedimento reprodutivo do casal ou de uma das partes, e, por isso, irão recorrer a uma das técnicas de reprodução humana assistida.¹¹⁶

Destaca-se que, até o final do século XV, a esterilidade era admitida apenas como um problema feminino, ou seja, não era cogitada a possibilidade de que esse problema pudesse ocorrer devido à ausência ou escassez de espermatozoides, que esse fato pudesse estar relacionado a alguma dificuldade apresentada pelos homens.¹¹⁷

Como a impossibilidade de procriar não é um problema que atinge apenas o indivíduo, mas o casal, tendo em vista que a mulher será privada de seu desejo de ser mãe de forma biológica, e o homem será impossibilitado de aplicar seu papel de reprodutor. Essa situação gera transtornos psicológicos e emocionais profundos.¹¹⁸

De acordo com Eduardo de Oliveira Leite,

a esterilidade não coloca em xeque só a organização psíquica do indivíduo, mas atinge também o casal. Se

¹¹⁵ PESSINI, Léo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 217.

¹¹⁶ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 62.

¹¹⁷ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 22.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 23.

a esterilidade é difícil de viver individualmente para o homem solteiro, ela é mais ofensiva para o homem casado que sofre em conseguir proporcionar à sua mulher o sonho da gravidez e a alegria de ter um filho. Com efeito, a esterilidade priva-a de três sensações insubstituíveis: a gravidez, a criança e o estado de mãe.¹¹⁹

Nesse ínterim, sobre priorizar a reprodução natural e os filhos biológicos é que surge a reprodução humana assistida como um meio de realizar o desejo de ter filhos àqueles que sofrem com problemas causados pela infertilidade ou esterilidade.¹²⁰

Para que o problema da procriação fosse sanado, diversas técnicas foram estudadas. As pesquisas sobre inseminações artificiais na espécie humana tiveram início por volta dos anos 1790, através de Cary que, inicialmente, baseou-se nas técnicas utilizadas para reprodução bovina.¹²¹

A partir desse período, o tema foi tomando maiores proporções, e novas pesquisas foram sendo realizadas. Em 1883, a Sociedade de Medicina Legal de Paris declarou ser favorável à técnica de inseminação artificial e, assim, foi dada continuidade a pesquisas sobre esse tema. No entanto, em 1897, a Congregação do Santo Ofício de Roma declarou esse tipo de prática como ilícita.¹²²

Mesmo que a prática tenha sido considerada ilícita, as pesquisas tiveram continuidade e, a partir do século XX, passaram a ter maior importância, principalmente em países como Estados Unidos e Inglaterra.¹²³

No século XX, muitas descobertas aconteceram no campo da genética. O início delas ocorreu através da descoberta das leis de

¹¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 17-18.

¹²⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 42.

¹²¹ MACHADO, *op. cit.*, p. 29.

¹²² FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 42.

¹²³ FERRAZ, *loc. cit.*

Mendel e dos estudos de Morgan, os quais despertaram o interesse por pesquisas genéticas. E, após esses estudos, a estrutura do DNA foi identificada.¹²⁴

Através da engenharia genética, definida como um conjunto de técnicas que realiza a leitura e a manipulação do código genético, é que se tornou possível a evolução da reprodução humana assistida, que é definida como um conjunto de técnicas capazes de superar a esterilidade.¹²⁵

Destaca-se que a década de 70 foi um marco nos estudos sobre procriação artificial, já que, em 1971, foi a primeira vez que um óvulo foi filmado e, nesse mesmo ano, o filme “Começo de vida” foi apresentado, mostrando todo o processo de reprodução dos seres humanos. Diversas pesquisas foram realizadas com a utilização de óvulos e espermatozoides coletados, para que fossem fertilizados fora do corpo humano e implantados posteriormente no corpo de uma mulher.¹²⁶

Após todos os avanços apresentados, em 1978, nasceu o primeiro bebê de proveta.

Segundo Machado,

foi em 25.07.1978 que o mundo assistiu ao que jamais conseguiria imaginar possível. Nascia na cidade de Oldham, Inglaterra, através do trabalho dos pesquisadores britânicos, Drs. Patrick Steptoe e Robert Edwards, Louise Joy Brown, o primeiro bebê concebido pela fecundação *in vitro*, através dos gametas de seus pais legais, Johns e Lesley.¹²⁷

Logo depois, no mesmo ano, mais dois bebês nasceram através da técnica de inseminação artificial em laboratório. Já na década de 80, o nascimento de bebês inseminados artificialmente deixou de ser um acontecimento raro e passou a ser uma técnica

¹²⁴ FERRAZ, *loc. cit.*

¹²⁵ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 25-26.

¹²⁶ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

¹²⁷ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

utilizada para o tratamento de problemas de esterilidade.¹²⁸

Devido ao aumento dos registros de utilização da técnica de fecundação *in vitro* em diversos países, como, por exemplo, na Austrália e na França, a sociedade passou a se preocupar com conflitos e com as consequências éticas e legais que poderiam surgir devido a esse novo procedimento.¹²⁹

De qualquer modo, a fecundação artificial foi um marco à procriação medicamente assistida, sendo uma demonstração da interferência médica na reprodução humana. Foi considerada uma verdadeira revolução biológica, ética e social, visto que a reprodução humana é considerada o elo mais íntimo de um casal, e a reprodução artificial amplia esse ambiente de intimidade.¹³⁰

As novas técnicas de reprodução humana assistida possibilitaram a realização do projeto parental desenvolvido por diversos casais, pois que, anteriormente, não era possível dar continuidade a ele. Além disso, apresentaram nova dimensão para o conceito biológico de procriação, principalmente no âmbito jurídico, que precisou adaptar-se a essas novas formas de filiação.

3.2 Técnicas de reprodução humana assistida

Observa-se que a técnica de reprodução medicamente assistida foi sendo desenvolvida de forma bastante rápida possibilitando, dessa maneira, que casais inférteis pudessem resolver seus problemas de esterilidade com técnicas variadas. Com a utilização das técnicas rompeu-se a necessidade do ato sexual para que a procriação humana fosse possível.

Inicialmente, é importante mencionar que o vocábulo inseminação deriva do latim e origina-se do verbo *inseminare*, o qual significa *semente, grão, fonte*, sendo definido como a forma de fecundação do óvulo pela união do sêmen, no entanto ocorrendo

¹²⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

¹²⁹ MACHADO, *loc. cit.*

¹³⁰ *Ibidem*, p. 33.

de formas não naturais de cópula.¹³¹

Já o adjetivo *artificial*, que também deriva do latim *artificialis*, significa “feito com arte”, serve para designar atividades entendidas como arte, técnica ou habilidade.¹³²

Portanto, a inseminação artificial, que também pode ser denominada de “concepção artificial”, “fecundação” ou “fertilização assistida”, além de outras nomenclaturas utilizadas, faz referência ao procedimento técnico-científico de transportar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem que haja o coito. Conforme Machado, “constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não o do relacionamento sexual”.¹³³

Entre estas duas palavras: inseminação e fertilização, também existem diferenças. A primeira ocorre quando o sêmen do homem é posicionado diretamente no corpo da mulher não sendo necessária a manipulação dos gametas femininos. Já a segunda ocorre quando os médicos realizam o encontro do óvulo com o espermatozoide *in vitro*, ou seja, é necessária a manipulação dos dois gametas.¹³⁴

As técnicas de reprodução assistida são consideradas uma forma de assistência médica dada ao casal que não alcançou o desejo de ter filhos através de relações sexuais, e, para que o seu desejo se concretize, utilizam técnicas de reprodução humana que estão à disposição com o avanço da medicina genético-reprodutiva.¹³⁵

A assistência à reprodução do casal pode suceder de duas maneiras: apenas com aconselhamento e acompanhamento da frequência da atividade sexual do casal, com o intuito de otimizar as possibilidades para que ela resulte em uma gravidez; ou através do emprego reprodutivo de técnicas médicas disponíveis capazes

¹³¹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

¹³² *Ibidem*, p. 32.

¹³³ MACHADO, *loc. cit.*

¹³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 53. v. 1.

¹³⁵ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book. p. 52.

de interferir diretamente no ato, tornando a fecundação possível.¹³⁶

Atualmente, os médicos consideram a condição clínica de esterilidade a casais que, mesmo mantendo relações sexuais normais, pelo menos pelo período de dois anos, e mesmo tendo o desejo de obter descendentes não conseguem. A esterilidade é quando a gravidez não é conseguida e não é feito uso de métodos de anticoncepção de forma consciente.¹³⁷

Diferentemente da esterilidade, a infertilidade é atribuída a casais que conseguem chegar à etapa de fecundação, mas o produto da concepção não atinge a efetividade, ou seja, a fecundação ocorre, e a gravidez que é alcançada, no entanto, não é finalizada com o nascimento de novo ser vivo.¹³⁸

Importante é ressaltar que as técnicas de reprodução humana assistida também podem ser utilizadas por outros casais que não sejam inférteis ou estéreis, mas que fazem uso da técnica, para que sejam evitadas doenças congênitas em seus filhos. E, em outros casos, utilizam técnicas para que o bebê nasça com características físicas predeterminadas, como a cor dos olhos; isso seria considerado como desvio de finalidade.¹³⁹

Para que as técnicas de reprodução humana assistida ocorram, algumas etapas são imprescindíveis, como: utilização de drogas injetáveis diariamente, para que a indução de superovulação ocorra; é necessário acompanhar o desenvolvimento folicular; deve ser realizada a captação ovocitária; a transferência dos embriões; e a fase lútea. Elas envolvem um custo operacional consideravelmente alto e uma sobrecarga psicológica intensa para o casal durante as sucessivas etapas do tratamento.¹⁴⁰

Ressalta-se que, a partir do momento em que o casal tem consciência e discernimento para que a prática de reprodução assistida seja realizada, serão responsabilizados pelas consequências

¹³⁶ *Ibidem*, p. 58.

¹³⁷ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book. p. 52.

¹³⁸ SCALQUETTE, *loc. cit.*

¹³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 39.

¹⁴⁰ SCALQUETTE, *op. cit.*, p. 59.

oriundas da utilização de técnicas de reprodução assistida.¹⁴¹

O uso da medicina reprodutiva foi possível também devido ao surgimento da criopreservação do material genético, ou seja, a possibilidade de esse material ser congelado. Poderá ser congelado o material da própria pessoa para posterior utilização ou o congelamento do material genético de doadores que serão utilizados por casais que apresentem problemas de esterilidade, ou ainda, que possam transmitir doenças hereditárias.¹⁴²

Além das diferenças mencionadas, é preciso destacar que, em relação ao material genético utilizado, para proceder à reprodução humana medicamente assistida, existem duas modalidades que precisam ser esclarecidas, principalmente quanto a questões jurídicas que delas decorrem.

Quando a técnica de reprodução assistida for realizada com utilização de material genético dos pais, ou seja, o óvulo da mãe e o espermatozoide do pai, a reprodução assistida será realizada através de modalidade homóloga, e, por isso, o material genético do filho será coincidente com o material genético dos pais.¹⁴³

Já nos casos em que pelo menos um dos materiais genéticos utilizados não for do casal, envolvido no projeto parental, mas de um terceiro, a técnica de reprodução assistida será feita através da modalidade heteróloga. Nesses casos, poderão ser utilizados tanto um dos materiais genéticos de um doador quanto ambos, ou seja, o óvulo e o espermatozoide de terceiros.¹⁴⁴

Conforme apresenta Madaleno,¹⁴⁵ a reprodução artificial é considerada homóloga quando, para efeito de presunção de paternidade é realizada com sêmen do próprio marido ou companheiro, e heteróloga quando utiliza o esperma de um doador, obtido através de um banco de sêmen.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 117.

¹⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 37.

¹⁴³ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 52.

¹⁴⁴ SCALQUETTE, *loc. cit.*

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 55.

Cabe a ressalva que, quando o material genético utilizado for de um terceiro, como, por exemplo, de um doador, mesmo que existam questionamentos jurídicos sobre o procedimento, o terceiro não terá vínculo com a criança, pois ele não estava inserido no projeto parental. Além do mais, o doador deverá permanecer anônimo.¹⁴⁶

Como mencionado, o anonimato do doador é garantido, mas será possível ter acesso a sua carga genética, para saber se ele possui alguma doença genética, e quem nasce através dessa técnica também tem o direito de conhecer sua origem genética, ainda que o doador não tenha qualquer tipo de responsabilização para com ele.¹⁴⁷

As clínicas que realizam esses procedimentos são responsáveis por manter em sigilo os dados dos doadores; no entanto, precisam manter as informações genéticas deles disponíveis. Além disso, devem administrar, para que sejam gerados, no máximo, duas crianças de sexos diferentes com o material genético de um mesmo doador em uma área de um milhão de habitantes, com o intuito de evitar que futuros irmãos biológicos possam vir a se relacionar.¹⁴⁸

A técnica reprodutiva a ser utilizada dependerá dos problemas apresentados pelo casal, e o médico irá indicar a melhor opção. Inicialmente, será investigada a causa de esterilidade ou de infertilidade; depois a técnica mais adequada será recomendada. Atualmente, diversas técnicas estão sendo oferecidas pelas clínicas, e as mais importantes serão abordadas para contextualização.

A primeira técnica de reprodução humana a ser utilizada foi a inseminação artificial intrauterina (IIU), que consiste na

¹⁴⁶ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga post mortem**. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654. Acesso em: 1º out. 2019. p. 22.

¹⁴⁷ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga post mortem**. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654. Acesso em: 1º out. 2019. p. 22.

¹⁴⁸ BERALDO, *loc. cit.*

substituição da relação sexual pela introdução do material germinativo masculino no útero da mulher e, a partir disso, a gestação ocorre naturalmente. Nessa técnica, a fecundação ocorre dentro do corpo da mulher.¹⁴⁹

Essa técnica passou a ser mais difundida quando se tornou possível a criopreservação dos espermatozoides, a partir de 1945. Atualmente, eles podem ficar conservados pelo período máximo de 20 anos a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero.¹⁵⁰

Outro método que vem sendo utilizado é a fertilização *in vitro*, conhecida, também, como fecundação *in vitro* e transferência de embrião (Fivete), em que a fertilização do óvulo pelo espermatozoide é realizada em laboratório e, posteriormente, os embriões são transferidos para o útero. Esse método é indicado pelos médicos a mulheres que apresentam problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou com ovários policísticos.¹⁵¹

A técnica de fertilização *in vitro* é conhecida, comumente, como bebê de proveta. O primeiro registro de nascimento por essa técnica foi do caso mencionado, isto é, do bebê Louise Brown, em 1978. Por ser uma técnica considerada bastante invasiva, é utilizada, normalmente, após esgotadas todas as possibilidades com as demais técnicas.

A técnica denominada transferência intratubária de gametas é indicada a casais em que a mulher tenha, pelo menos, uma trompa saudável. Durante o procedimento da transferência intratubária de gametas, o espermatozoide e os ovócitos serão aproximados e transferidos para a tuba. Nesse processo, será possível ocorrer a fertilização natural nas trompas, ou seja, no corpo da mulher.¹⁵²

¹⁴⁹ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 44.

¹⁵⁰ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 71.

¹⁵¹ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 71.

¹⁵² MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 47.

Para que essa técnica seja realizada, é preciso capturar os óvulos, e tanto o gameta feminino quanto o masculino serão transferidos para a tuba juntos em uma sonda específica. Esse procedimento visa facilitar o encontro do óvulo com o espermatozoide, para que o embrião possa ser formado. Esse é conhecido também como fecundação *in vivo*.¹⁵³

Já a técnica de transferência intratubária de zigoto é realizada com a transferência para tubas uterinas quando a célula fusionada possui dois núcleos. Nesse caso, o zigoto será transferido para a trompa e não será colocado no útero, porque ocorre a retirada do óvulo para que ele seja fecundado na proveta juntamente com o sêmen do marido ou de doador. Depois desse procedimento, o embrião é introduzido diretamente no corpo da mulher.¹⁵⁴

Nesse caso, o óvulo será fecundado fora do corpo da mulher e reimplantado após o processo de fecundação. Trata-se de um processo mais rápido que a fertilização *in vitro*, já que os zigotos são inseridos nas Trompas de Falópio dentro de 24 horas, e o risco de gestação múltipla é menor.¹⁵⁵

Além das técnicas já apresentadas, ainda existe a possibilidade de reprodução humana através da gestação substituta que será utilizada quando a mulher não possuir útero ou apresentar alguma patologia uterina. O embrião será gestado por outra mulher capaz de suportar o período gestacional.¹⁵⁶

Nessa situação, quem carrega o feto não irá transmitir informações genéticas a ele, já que o material a ser utilizado será do casal solicitante ou de doador, mas é importante salientar que a mãe que irá carregar o feto durante a gravidez não terá vínculo com o bebê que irá nascer.¹⁵⁷

É considerada uma alternativa bastante delicada e com diversas repercussões negativas, com o fundamento de que a mãe

¹⁵³ SCALQUETTE, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁴ SCALQUETTE, *loc. cit.*

¹⁵⁵ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 72.

¹⁵⁶ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 50.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 51.

substituta poderá se afeiçoar ao ser que está sendo gerado por ela e descumprir a obrigação contratual de entregar o recém-nascido à família que optou pela utilização dessa técnica.¹⁵⁸

Para Gama¹⁵⁹ o que pode ocorrer com gestação substituta pode ser assim definido: “a concepção somente foi possível por iniciativa e vontade do casal que implementou o projeto parental, contando com a colaboração altruísta de outra mulher para tanto”. Dessa forma, além da relação sexual não ser mais considerada um fato jurídico essencial para definição de paternidade e maternidade, a gravidez e o parto também não poderão mais estar vinculados somente a isso.

As técnicas apresentadas são as mais utilizadas, mas as pesquisas nessa área não param de evoluir e, por isso, novos procedimentos já estão sendo testados, como, por exemplo, a troca de citoplasma; a criação artificial de óvulos; o transplante de núcleo; e, até mesmo, o congelamento do tecido ovariano. Por isso, a necessidade de criação de normas para regulamentar esses procedimentos.¹⁶⁰

Diante dos diversos avanços da biomedicina, um dos desafios atuais é refletir sobre as decisões concretas relativas à reprodução assistida, já que isso pode estabelecer novos contornos a respeito da responsabilidade filial e das relações parentais que envolvam esse modo de reprodução.¹⁶¹

3.3 Reprodução humana assistida no Brasil

As novas tecnologias, na área da biomedicina e biotecnologia, também chegaram ao Brasil, inclusive, as técnicas de reprodução medicamente assistidas. Enquanto na área médica as técnicas possuem respaldo e amparo, na área jurídica ainda não recebem a mesma atenção.

¹⁵⁸ FERRAZ, *loc. cit.*

¹⁵⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 749.

¹⁶⁰ FERRAZ, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 114.

Já no de 1984, nasceu o primeiro bebê com emprego da técnica de fertilização *in vitro*, no Brasil. O caso ocorreu seis anos após o nascimento de Louise Joy Brown, que foi o primeiro bebê de proveta gerado no mundo. Esse feito foi um marco para a medicina genético-reprodutiva brasileira.¹⁶²

Embora esse caso tenha ocorrido em 1984, durante quase trinta anos ficou sem legislação que tratasse sobre o emprego de técnicas de reprodução assistidas no Brasil. Apenas com o CC de 2002, o rol das presunções de filiação foi revisto, e os filhos nascidos através dessas técnicas foram enquadrados nessa relação.¹⁶³

Ainda que a legislação brasileira não tivesse discutido as implicações que essas novas técnicas trariam para o mundo jurídico, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução n. 1.358/1992, que estabelecia as normas éticas que os profissionais da área da saúde deveriam observar quando fossem utilizar técnicas de reprodução humana assistida.¹⁶⁴

Enquanto o reconhecimento da filiação no CC de 2002 foi um avanço inquestionável, os efeitos decorrentes dessas novas situações não foram tutelados juridicamente da mesma forma, como, por exemplo, no Direito das Sucessões. A partir da abordagem desse tema na legislação brasileira, ela deixou de ser uma preocupação exclusiva da medicina e passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro.

O CC de 2002, introduziu o tema da reprodução assistida no ordenamento brasileiro, no art. 1.597.¹⁶⁵ No entanto, por ele ser fruto de um projeto de lei apresentado inicialmente em 1975, cujo embasamento ainda era da década de 60, as questões relacionadas à reprodução humana assistida, no Brasil, ainda estavam muito no início.¹⁶⁶

¹⁶² SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 22.

¹⁶³ SCALQUETTE, *loc. cit.*

¹⁶⁴ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 30.

¹⁶⁵ BRASIL. Art. 1.597 da **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 1^o out. 2019.

¹⁶⁶ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga post mortem**. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado

O Projeto de Lei de 1975, apresentado através do n. 634/1975, teve início na Câmara dos Deputados, vindo a ser analisado pelo Senado Federal 20 anos mais tarde. A redação proposta passou por profundas alterações, tendo em vista que, nesse meio-tempo, a CF/88 foi promulgada, por isso a necessidade de realizar modificações no texto.¹⁶⁷

Os principais pontos que precisaram ser alterados no Projeto n. 634/1975 foram em relação ao Direito de Família, já que as definições se encontravam em desacordo com a CF/88 e ao que já estava sendo proporcionado pela ciência na área de reprodução humana assistida, principalmente com os avanços na fertilização *in vitro* e inseminação artificial. Essa evolução da procriação humana precisava estar dentro do texto de lei para que fosse proporcionada maior segurança jurídica.¹⁶⁸

Quando o projeto original de 1975 chegou ao Senado Federal, a evolução, na área da reprodução assistida, já estava muito mais intensificada do que durante sua elaboração, por isso a necessidade de incluir, na legislação, essa temática de forma mais específica. Algumas emendas referentes à procriação medicamente assistida foram apresentadas no Senado Federal, sendo que duas delas merecem destaque devido à importância que tiveram.¹⁶⁹

A Emenda n. 225 apresentada pelo então Senador Nelson Carneiro, propunha que fosse incluído o inciso III no art. 1.603 do projeto, na versão de 1975, no que concernia à presunção de paternidade. A redação foi alterada e aprovada em 1997 pelo Senado Federal, a qual passou a ter o seguinte texto: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por inseminação artificial, desde que tenha prévia autorização do marido.”¹⁷⁰

em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654. Acesso em: 01 out. 2019. p. 23.

¹⁶⁷ BERALDO, *loc. cit.*

¹⁶⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei n. 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36-37.

¹⁶⁹ BERALDO, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁰ Vide parecer preliminar sobre o projeto de CC, republicado no Diário do

Já a Emenda n. 224 sugeria que fosse inserido o parágrafo único do art. 1.602, que tratava sobre os filhos legítimos, apresentando a seguinte redação:

Consideram-se também legítimos os filhos concebidos por fecundação artificial após a morte do marido, da mulher ou de ambos, empreendidas com células reprodutivas que deles procedam, desde que o cônjuge sobrevivente, se houver, se mantenha viúvo e observadas, em qualquer caso, as condições que, por escrito, haja estabelecido o casal em declaração.¹⁷¹

Contudo, na redação final do projeto, a Emenda n. 224 não foi incluída, apenas a de n. 225. A ausência da Emenda n. 224, com a implantação da CF/88 e algumas impropriedades terminológicas, os esclarecimentos em relação à reprodução assistida *post mortem* deixaram uma lacuna em aberto, e os três dispositivos que referem sobre a reprodução assistida foram inseridos sem a devida atenção que o tema merecia.¹⁷²

Nesse íterim, o CC foi aprovado, mesmo diante de tantas ressalvas no cenário da reprodução assistida e em diversos aspectos que já se encontravam ultrapassados. Por esses motivos não acompanhou a velocidade dos avanços tecnológicos e, com isso, deixou dúvidas e omissões sobre a reprodução medicamente assistida no novo ordenamento jurídico.¹⁷³

Senado Federal, em 15 nov. 1997. SENADO FEDERAL. Parecer final n. 749, de 1997. Da comissão especial, destinada a examinar o Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984 (n. 634/1975, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que institui o Código Civil. Relator: Senador Josaphat Marinho. **Diário do Senado Federal**: Suplemento “A” ao n. 208, Brasília, DF, ano 52, 15 nov. 1997. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4530591&disposition=inline>. Acesso em: 7 nov. 2019. p. 54.

¹⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 943-950.

¹⁷² BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga post mortem**. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: www.bdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654. Acesso em: 1º out. 2019. p. 25.

¹⁷³ BERALDO, *loc. cit.*

O inciso III do art. 1.597 do CC,¹⁷⁴ que trata da reprodução assistida *post mortem* foi uma inovação trazida pelo CC de 2002, assim como os incisos IV e V, uma vez que os dois primeiros já estavam presentes no CC de 1916:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (Grifo nosso).

Conforme Ana Claudia Silva Scalquette, o art. 1.597 do CC de 2002 foi o primeiro e único dispositivo legal do ordenamento jurídico brasileiro a tratar sobre a reprodução humana assistida.¹⁷⁵

Receberam o reconhecimento de presunção de filiação os filhos nascidos através de fecundação homóloga, inseminação heteróloga e filhos havidos, tidos a qualquer tempo e nos casos que tratam de embriões excedentários que sejam decorrentes de concepção artificial homóloga.¹⁷⁶

Sobre a temática da filiação, termo que provém do latim *filitio*, é importante ressaltar que o mesmo tem como significado procedência,

¹⁷⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais**: novas fronteiras da Ciência Jurídica. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 53. v. 1.

¹⁷⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais**: novas fronteiras da Ciência Jurídica. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 53. v. 1.

¹⁷⁶ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 22.

laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência e enlace. Ou seja, ela é considerada a relação de parentesco existente entre duas pessoas em que uma é a titular de autoridade parental, e a outra possui vínculo devido à sua origem biológica ou socioafetiva.¹⁷⁷

No Brasil, atualmente, a filiação deriva de um conceito único, que não admite adjetivações ou discriminações. No entanto, esse conceito está presente apenas desde a CF/88, já que, antes dela, existiam estas denominações: filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, filiação matrimonial e extramatrimonial. Com sua promulgação, os direitos e deveres dos filhos, independentemente de sua origem, são plenamente iguais.¹⁷⁸

Tanto que as inovações, apresentadas no CC de 2002, introduziram a presunção de paternidade nos casos de utilização de técnicas de reprodução humana, mas como mencionado, não foram suficientes para regulamentar a utilização das técnicas, e as famílias continuam recorrendo ao uso dessas técnicas para dar continuidade ao seu projeto parental.¹⁷⁹

Sobre o projeto parental que envolve o livre planejamento familiar, também está consagrado na CF/88¹⁸⁰ em seu art. 226, § 7º, como uma decisão livre do casal, sendo vedada qualquer forma de opressão por instituições oficiais ou privadas. Inclusive, a entidade monoparental, aquela constituída por apenas um dos pais e seus filhos, também possui legitimidade segundo a CF/88.¹⁸¹

Além da previsão constitucional, o planejamento familiar também está inserido na Lei n. 9.263, de 1996, determinando que ele é um direito de todo cidadão, e não apenas do casal. De acordo com a lei, o planejamento familiar é definido como o conjunto de ações que regulam a fecundidade e garantem direitos

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 211.

¹⁷⁸ LÔBO, *loc. cit.*

¹⁷⁹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga post mortem**. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654. Acesso em: 1º out. 2019. p. 25.

¹⁸⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

¹⁸¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. p. 213.

iguais para a constituição, a limitação ou o aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ainda orienta através de ações preventivas e educativas, que seja garantido o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.¹⁸²

Por isso é importante salientar que o projeto parental continua sendo uma decisão do casal, inclusive, quando realizado por meio de reprodução humana assistida, já que o direito ao planejamento familiar está presente tanto na CF/88 quanto na Lei n. 9.263/1996, que regulamentou o que já estava previsto na Carta Magna.¹⁸³

O projeto parental é fundamental para as famílias, e sua essência ocorre no momento da decisão sobre o aumento do núcleo familiar com a concepção e o nascimento dos filhos. E o direito às técnicas de reprodução humana assistida são legítimas, pois estão inseridas no direito à reprodução que faz parte da tomada de decisão acerca do projeto parental.¹⁸⁴

Apesar de o Brasil utilizar técnicas de reprodução assistida, que vêm sendo realizadas desde 1984, ainda não possuem uma regulamentação legal específica sobre a matéria, e sua utilização traz consequências jurídicas que necessitam ser regulamentadas. O que existe, atualmente, são as normas do CC, que são insuficientes para os problemas relativos ao tema, e as normas previstas nas resoluções do CFM, que são aplicadas aos profissionais da saúde.¹⁸⁵

O primeiro projeto apresentado tratando sobre a temática da reprodução assistida foi o Projeto de n. 90, de 1999, e sua apresentação representou um grande avanço para que a atividade de fertilização artificial fosse regulamentada no País.¹⁸⁶

Esse projeto propôs que, inicialmente, fosse regulamentada

¹⁸² *Ibidem*, p. 214.

¹⁸³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.

¹⁸⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 142.

¹⁸⁵ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 57.

¹⁸⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 144.

a utilização das técnicas de reprodução assistida. Um dos pontos principais apresentados era que as técnicas só poderiam ser empregadas quando fosse comprovado que a infertilidade não decorria da idade reprodutiva avançada ou para prevenir ou tratar doenças genéticas ou hereditárias.¹⁸⁷

Esse projeto também pretendia regular as demais questões sobre o emprego das técnicas de reprodução assistida, como, por exemplo, o bem-estar da criança que nasceria através da utilização de uma das técnicas. A técnica só poderia ser realizada se fosse apresentado documento de consentimento; abordava a doação de gametas e embriões, assim como a destruição dos excedentes ou encaminhamento para pesquisas científicas.¹⁸⁸

Esse projeto sofreu inúmeras críticas quando foi analisado pelas comissões legislativas, e, por isso, surgiram novos projetos substitutivos propondo alterações em diversos pontos. O primeiro projeto que surgiu para substituir o anterior impossibilitava a doação de embriões, e os embriões não poderiam ser congelados, pois deveriam ser introduzidos de forma imediata na beneficiária, com o intuito de evitar a grande quantidade de embriões excedentes.¹⁸⁹

Conforme destacado, diversos projetos de lei sobre o tema já foram elaborados, mas seguem sem continuidade no Congresso Nacional. O Estatuto da Reprodução Assistida que foi discutido como Projeto de Lei n. 4.892/2012 segue atualmente pensado ao Projeto de Lei n. 1.184/2003, que reúne diversos projetos, sendo que todos que tratam desse tema estão anexados a ele.

No Projeto de Lei n. 4.892/2012, os pontos mais polêmicos do Projeto n. 90, de 1999, foram pacificados, como, por exemplo, a questão de quem poderia ser beneficiado com utilização da técnica, já que, inicialmente, as mulheres, sozinhas, não poderiam utilizar essa técnica para realizar seu projeto parental, sendo restrito a casais.¹⁹⁰

Contudo, no novo projeto, as mulheres, sozinhas, ou seja, que fossem solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas também

¹⁸⁷ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 148.

¹⁹⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 149.

poderiam ser beneficiárias das técnicas de reprodução assistida, bem como os casais em união estável ou os que tenham contraído matrimônio também poderão fazer uso das técnicas.¹⁹¹

Mesmo diante de tantos projetos de lei que foram propostos para regulamentar a utilização das técnicas de reprodução assistida, e que seguem em lenta tramitação, a prática jurídica segue apoiando-se na doutrina, em legislações esparsas e, principalmente, em resoluções do CFM, as quais estabelecem critérios para uso das técnicas.¹⁹²

Isso ocorre devido à inércia do Poder Legislativo, que não dá andamento aos projetos de lei que foram entregues no Congresso Nacional, e, por isso, um órgão de menor legitimidade acaba por regulamentar a disciplina de reprodução humana assistida no Brasil que é o CFM, órgão que deveria representar somente os médicos e não o povo.¹⁹³

No ano de 2015, novo Projeto de Lei (n. 115/2015)¹⁹⁴ foi encaminhado ao Congresso Nacional. Esse projeto foi realizado através de uma demanda da Comissão de Biodireito e Estudos sobre a Vida da Ordem dos Advogados do Brasil/ São Paulo (OAB/S), que solicitou a elaboração de um anteprojeto de lei que pudesse tutelar as demandas da reprodução humana assistida.¹⁹⁵

Como os demais projetos que foram elaborados, esse também está pensado ao Projeto n. 4.892/2012, e o novo Projeto de Lei n. 115/2015 trata sobre a reprodução humana assistida *post mortem* e os direitos sucessórios do filho gerado através dessa técnica, assim como os demais temas relacionados sobre a reprodução assistida que ainda se encontravam sem embasamento jurídico.¹⁹⁶

Destaca-se que, mesmo com ausência de uma legislação

¹⁹¹ SÁ; NAVES, *loc. cit.*

¹⁹² *Ibidem*, p. 151.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 167.

¹⁹⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 115/2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Apresentação em 03 de fevereiro de 2015. Autor: Juscelino Rezende Filho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 6 out. 2019.

¹⁹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais**: novas fronteiras da Ciência Jurídica. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 64-65. v. 1.

¹⁹⁶ MALUF, *loc. cit.*

específica sobre o acesso e o emprego de técnicas de reprodução assistida, elas não deixam de ser realizadas, por isso as resoluções do CFM foram utilizadas como critérios, para que elas fossem executadas da melhor forma. Para que se tenha acesso às técnicas de reprodução, é preciso que seja celebrado um contrato de prestação de serviços médicos com a clínica que irá realizar o procedimento e nele deverão constar as etapas, os medicamentos, os riscos e os custos do tratamento.¹⁹⁷

As resoluções do CFM existem no Brasil desde 1992, e são constantemente atualizadas, já que os avanços da medicina ocorrem em uma velocidade impressionante e possibilitam novas concepções de família tanto do ponto de vista social quanto jurídico. Dessa maneira, as atualizações são importantes, pois, mesmo sendo normas deontológicas, acabam por suprir a ausência de legislação específica no País sobre o tema. Também alertam que é de extrema importância a criação de normas jurídicas sobre os procedimentos.¹⁹⁸

No Brasil o controle do trabalho realizado pelas clínicas de fertilização é feito pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e, mesmo que o Brasil não disponha de uma lei específica sobre os procedimentos, essa agência nacional editou, em 2006, a Resolução n. 33, que trata do funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos.¹⁹⁹

Segundo dados apresentados pela Anvisa, o número de fertilizações realizadas através de inseminação artificial vem crescendo consideravelmente no Brasil. Conforme o 12º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), no ano de 2018, foram realizados 43.098 ciclos de fertilização *in vitro*, número superior ao de ciclos realizados em 2017. Destaca-se que, numa comparação entre os dois anos, o crescimento foi de 18,7% na quantidade de procedimentos.²⁰⁰

¹⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 52.

¹⁹⁸ FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 71.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 31.

²⁰⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. 12º

Considera-se o ciclo de fertilização *in vitro* quando a mulher é submetida à produção, ou seja, a estímulo ovariano e logo após ocorre a retirada de ovócitos, que são células reprodutivas femininas, para que seja realizada a reprodução humana assistida.²⁰¹

De acordo com o relatório, em 2018, foram congelados 88.776 embriões para posterior utilização em técnicas de reprodução humana assistida. Novamente, o número foi maior do que aquele de 2017. A partir da análise dos dados, conclui-se que foram registradas 70.098 transferências através de técnicas de reprodução humana assistida, ou seja, esse número representa a quantidade de embriões transferida para o útero de pacientes, por meio desses procedimentos.²⁰²

No Brasil, atualmente, existem 180 bancos de células e tecidos germinativos cadastrados pela Anvisa, e 85,5% encaminharam dados que foram incorporados no relatório.²⁰³ No relatório ainda consta o número de embriões congelados que foram encaminhados para pesquisas com células-tronco, ou seja, um total de 18 embriões apenas.²⁰⁴ Segundo dados do relatório, é de extrema importância a criação de uma lei que regulamente a reprodução humana assistida no Brasil.

É importante ressaltar que a Lei de Biossegurança não trata sobre os procedimentos da reprodução humana assistida; ela apenas faz referência à utilização de células-tronco embrionárias, que são oriundas de embriões originários de fertilização *in vitro*.²⁰⁵

Tal dispositivo, presente na lei, gerou diversos questionamentos e ensejou a propositura da Adin n. 3.510/2008. Por fim, o entendimento dos magistrados prevaleceu no sentido de que o Direito brasileiro trata de maneira diferenciada o ser humano em suas várias etapas de desenvolvimento. E, por isso, foi permitida no Brasil a

Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio. [2019]. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2019. p. 5-6.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 6.

²⁰² *Ibidem*, p. 3.

²⁰³ *Ibidem*, p. 10.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 3.

²⁰⁵ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75.

doação de embriões para pesquisas com células-troncos, de acordo com os termos presentes na Resolução n. 2.121/2015 do CFM, desde que com autorização dos cônjuges ou companheiros.²⁰⁶

No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) oferece serviços de reprodução humana assistida, no entanto, são poucos os hospitais públicos que realizam esses procedimentos. Na maioria dos casos, o procedimento é realizado em clínicas particulares devido ao alto custo do tratamento, por isso, somente uma parcela reduzida da população brasileira tem acesso a tais técnicas.²⁰⁷

Além do contrato com a clínica que irá realizar o procedimento, também se recomenda que o consentimento seja manifestado pelo casal e que, de preferência, seja feito através de escritura pública ou por instrumento particular, pois os efeitos jurídicos gerados são muito significativos, principalmente para o campo da filiação e sucessão.

Nota-se que o CC, na parte do Direito de Família, tratou sobre o assunto da reprodução assistida, no entanto, de forma muito superficial. Por isso, cria-se uma enorme incongruência se forem considerados os efeitos que gera para o Direito Sucessório, já que o estado de filiação gera consequências também para esse ramo do Direito.

3.4 Inseminação artificial homóloga *post mortem*

A reprodução medicamente assistida trouxe a possibilidade de gerar novo ser humano através de técnicas científicas, ou seja, sem a necessidade de contato sexual; com isso, diversos casais que apresentavam alguma dificuldade para procriação natural, puderam se utilizar desses novos procedimentos para realizar seu desejo de ter filhos.

As diversas técnicas de reprodução humana assistida, que foram desenvolvidas durante os últimos anos, possibilitam que, atualmente, seja realizada a inseminação artificial mesmo após a

²⁰⁶ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 31.

morte de um dos genitores, desde que tenha deixado seu material genético conservado.

Essa possibilidade é considerada um avanço tanto médico quanto legal, pois a fecundação poderá ocorrer mesmo após o falecimento do marido. A fecundação homóloga *post mortem* poderá ser realizada, mesmo após os 300 dias determinados pelo CC, e, mesmo assim, irá persistir a presunção da paternidade do falecido.²⁰⁸

O procedimento mais comum é a utilização do sêmen do marido falecido. Também poderá acontecer o caso de a esposa falecer e ter deixado seus óvulos preservados antes do óbito, os quais poderão ser utilizados pelo marido ou companheiro através da maternidade substitutiva.²⁰⁹

A inseminação *post mortem* desperta diversas indagações. Ela surgiu em 1984, na França, através do “Caso Parpalaix”. Nessa situação, Alain Parpalaix foi informado por seu médico que, devido ao tratamento de quimioterapia, ele poderia ficar estéril. Por isso, em dezembro de 1981, ele recorreu a uma clínica, na qual pretendia deixar seu esperma armazenado.²¹⁰

No entanto, ele veio a falecer um ano depois. Sua viúva solicitou que a clínica devolvesse o material genético coletado de seu marido, com a finalidade de realizar o procedimento de inseminação. Porém o pedido lhe foi negado pela clínica, e, por isso, ela acionou a clínica no tribunal.²¹¹

A decisão proferida pelo tribunal referia que o esperma deveria ser devolvido à viúva para que a inseminação fosse realizada. Mas devido à demora do processo, os espermatozoides não estavam mais em condições de ser inseminados, o que impossibilitou a realização do projeto parental.²¹²

Esta situação, em que a inseminação homóloga poderá ocorrer após a morte do marido ou companheiro, é uma das

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. p. 217-218.

²⁰⁹ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade Civil dos pais na reprodução humana assistida*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. E-book. p. 84.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 65.

²¹¹ MORAES, *loc. cit.*

²¹² MORAES, *loc. cit.*

causas de maiores questionamentos no âmbito jurídico, pois gera diversas consequências tanto no Direito de Família quanto no Direito Sucessório.²¹³

Com o avanço da medicina e das técnicas de reprodução humana assistida, é possível realizar a criopreservação dos gametas masculinos e femininos, ou do embrião já formado que será utilizado através da fertilização *in vitro*.²¹⁴

A criopreservação ocorre por diversos motivos, entre eles: por conta de algumas substâncias ou produtos tóxicos que aumentam os casos de infertilidade das pessoas; pelo adiamento da decisão do casal de ter filhos; pela opção de uma pessoa, sozinha, ter filhos com idade avançada. Devido a essas justificativas, a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida está em ascensão.²¹⁵

Sobre o material genético a ser utilizado na reprodução humana assistida *post mortem*, é de suma importância que seja feita uma distinção entre aquelas que ocorrem com a criopreservação dos gametas e as que utilizam o embrião congelado. Isso se faz necessário porque o gameta é o material biológico do homem e da mulher de forma individual, já que se refere aos espermatozoides e ao óvulo, que são tecidos humanos, diferentemente do embrião que possui tanto a carga genética do homem quanto a da mulher e, por isso, não pode pertencer a um ou ao outro de forma exclusiva.²¹⁶

A distinção citada anteriormente sobre a utilização de material a ser utilizado na reprodução assistida póstuma, é fundamental, pois o tratamento jurídico dado aos embriões criopreservados é diferente do tratamento reconhecido aos gametas, até mesmo nos casos em que houver a morte do casal ou de um deles.²¹⁷

Por isso, o primeiro pressuposto da reprodução humana assistida póstuma é que o material genético, ou seja, que os gametas utilizados sejam do homem ou da mulher que faleceu antes

²¹³ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 160.

²¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 38.

²¹⁵ BERLINGUER, Giovani. **Bioética cotidiana**. Brasília: Editora da UnB, 2004. p. 24.

²¹⁶ GAMA, *op. cit.*, p. 40.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 44.

de concluir o projeto parental, pois não há como se admitir o emprego de material fecundante de uma terceira pessoa nesses casos. No entanto, o mesmo não ocorre quando for utilizado embrião congelado, pois se entende que a pessoa que veio a falecer já havia manifestado seu consentimento para utilização de material fecundante de outra pessoa e não o seu.²¹⁸

A doutrina brasileira diverge em relação à admissibilidade da reprodução assistida *post mortem*, visto que há quem defenda a viabilidade de transferência de embriões *post mortem*, tendo em vista que o projeto parental do casal e a concepção ocorreram antes da morte da pessoa que forneceu o material genético.²¹⁹

As divergências de posicionamento da doutrina brasileira fundamentam-se no grande questionamento que as novas técnicas médicas reprodutivas trouxeram, já que, no âmbito da ciência jurídica, não foi realizada uma discussão aprofundada sobre os reflexos e a abrangência, com isso, gera instabilidade jurídica diante dos casos concretos.²²⁰

Diniz destaca:

“Filho” póstumo não possui legitimidade para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador do sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento.²²¹

Para Dias

deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange

²¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

²¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 46.

²²⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais**: novas fronteiras da Ciência Jurídica. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 64. v. 1.

²²¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 720.

não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana *post mortem*.²²²

Por isso, que o ponto crítico dessa técnica está relacionado aos direitos sucessórios do filho concebido após a morte do autor da herança, tendo em vista que a norma legal prevê que os herdeiros legítimos já estejam presentes no momento da abertura da sucessão.²²³

O CC brasileiro utiliza o princípio da *Saisine* como norte para determinar a transmissão da herança, desde logo, àqueles herdeiros legítimos e testamentários presentes no momento da abertura da sucessão. No entanto, de acordo com o art. 5º, inciso XXX da CF/88, o direito à herança é uma garantia constitucional.²²⁴

Por isso, a discussão versa sobre quais seriam os direitos sucessórios de filho concebido através de técnica de reprodução humana assistida *post mortem*. No caso concreto, esse filho não teria direito à herança, já que nasceu após a transmissão da herança, mas, desse modo, iria desrespeitar o texto constitucional que considera a herança como garantia fundamental.

Embora o Brasil não tenha uma lei específica sobre reprodução assistida, e ainda mais sobre a reprodução assistida *post mortem*, a Resolução do CFM n. 2.168/2017 autoriza que essa modalidade seja realizada, desde que haja prévia autorização do marido falecido para que seu material biológico criopreservado possa ser utilizado.²²⁵

A exigência de haver autorização da pessoa do falecido ou de ambos para que seja realizado o procedimento de reprodução assistida *post mortem*, está presente no CFM, mas é importante, principalmente, no plano jurídico, pois, com o consentimento manifestado em vida autorizando que seja realizado o procedimento, comprova-se o vínculo da parentalidade-filiação, uma

²²² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

²²³ GAMA, *op. cit.*, p. 45.

²²⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 55. v. 1.

²²⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 165.

vez que a técnica tenha ocorrido de forma satisfatória.²²⁶

A importância do consentimento expresso é tamanha que o Provimento n. 52, de 14 de março de 2016, da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), ao citar as hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, determina autorização prévia e específica da pessoa falecida, para que possa ser utilizado seu material genético preservado, a qual deverá ser dada através de instrumento público.²²⁷

Esse procedimento foi adotado com o intuito de permitir o registro e a expedição de certidão de nascimento de criança gerada com a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*. Caso a autorização tenha sido feita por instrumento particular, será necessário passar pela apreciação judicial, para determinar a realização do assento de nascimento da criança, que terá como pai ou mãe uma pessoa falecida.²²⁸

No CC consta, apenas, que é permitida a fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido tenha falecido, mas desde que tenha deixado material genético preservado.²²⁹

Como destacado, atualmente, para que ocorra reprodução assistida póstuma, é necessário que o cônjuge tenha deixado seu consentimento por escrito, tendo em vista que esse tipo de reprodução pode gerar diversas consequências no âmbito jurídico.²³⁰

A solicitação de consentimento expresso sobre a utilização do material fecundante está baseada no entendimento de que, mesmo que o material esteja congelado, não é suficiente para que seja autorizado o acesso à técnica reprodutiva póstuma. O consentimento deverá ser expresso no sentido de que o material genético poderá ser utilizado mesmo após sua morte.²³¹

²²⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 386.

²²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 53.

²²⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 53.

²²⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e bio-direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 7.

²³⁰ GAMA, *op. cit.*, p. 43.

²³¹ *Ibidem*, p. 51

De acordo com a Resolução n. 2.168/2017 do CFM, no momento do congelamento dos embriões, o casal deverá deixar expressa sua vontade quanto ao destino dos embriões caso ocorra divórcio, dissolução de união estável ou até mesmo o falecimento de um ou de ambos os cônjuges.²³²

Da mesma forma que a esposa necessita do consentimento do marido para poder utilizar o procedimento de reprodução assistida, mesmo que seja após seu falecimento, o marido também irá precisar de um termo escrito da esposa, autorizando a reprodução assistida póstuma, que será, obviamente, realizada por meio de maternidade de substituição. Então, mesmo que seja utilizado na categoria de reprodução homóloga, é necessário que haja consentimento e autorização de forma expressa das partes envolvidas.²³³

O vínculo exigido, entre a pessoa que faleceu e aquela que irá dar continuidade ao projeto parental, deverá ser da relação familiar, ou seja, do cônjuge ou companheiro, para que seja viabilizado o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma. Nos casos em que não exista esse vínculo, será formada uma família monoparental e utilizada apenas uma das técnicas reprodutivas, mas essa não será considerada como reprodução assistida póstuma.²³⁴

Inclusive, na “I Jornada de Direito Processual Civil”, realizada em Brasília, em setembro de 2002, o Conselho da Justiça Federal²³⁵ aprovou o Enunciado n. 106 sobre a interpretação do inciso III do art. 1.597, que trata da presunção de paternidade, tornando obrigatório...

Art. 1.597. [...]

III – que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda

²³² *Ibidem*, p. 43.

²³³ *Ibidem*, p. 51.

²³⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 54.

²³⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 106**. Disponível em: www.jf.jus.br. Acesso em: 1^o out. 2019.

autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte.

No Brasil, em 2010, no Estado do Paraná, a 13ª Vara Cível de Curitiba recebeu uma ação de execução de obrigação de fazer, para que fosse concedido, de forma liminar, o acesso a sêmen congelado de um marido que havia falecido, mas que não deixara documento com autorização expressa dele para que seu sêmen fosse utilizado dessa forma.²³⁶

Em 2011, a liminar foi concedida em favor da esposa, permitindo a utilização do material genético de cônjuge falecido. Na contestação apresentada pela clínica, informaram que não havia sido negada a entrega do material, no entanto, não poderiam entregar o sêmen da pessoa falecida sem autorização judicial.²³⁷

Por fim, a sentença foi prolatada em março de 2012, no mesmo sentido da liminar, mas ao invés de determinar que o procedimento fosse realizado, a sentença concedeu autorização para que a clínica realizasse a inseminação conforme o desejo da demandante, mesmo com a ausência de manifestação do cônjuge falecido, a qual foi suprida judicialmente.²³⁸

Porém, mesmo que a autorização do procedimento de reprodução assistida *post mortem* seja concedida de forma judicial, nos casos em que o cônjuge falecido não tenha deixado prévia autorização para realização da inseminação, os questionamentos, no âmbito do Direito Sucessório, continuam presentes, tema que será apresentado no próximo capítulo.

²³⁶ PARANÁ. 13ª Vara Cível de Curitiba. Autos n. 27862/2010. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 6 de março de 2012.

²³⁷ PARANÁ, *loc. cit.*

²³⁸ PARANÁ, *loc. cit.*

4 Reprodução humana assistida *post mortem* e os reflexos no Direito Sucessório

Amorte é o que dá início ao Direito Sucessório, sendo ela uma decorrência natural, pois faz parte da existência humana, já que ninguém é eterno. Mas, enquanto a morte é algo que ocorre de forma natural, a sucessão decorre de lei e determina que as relações jurídicas dessa pessoa sejam transmitidas aos seus herdeiros ou àquelas pessoas determinadas em testamento. Por isso, há a necessidade de análise desse assunto para o contexto da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

4.1 O Direito Sucessório no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, para que o Direito Sucessório seja compreendido, é necessário esclarecer a etimologia da palavra *suceder* que possui o sentido de *alguém tomar o lugar de outrem*. De acordo com Venosa,²³⁹ “*suceder* é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito”. Esse seria um conceito amplo de sucessão.

No Direito, existe uma linha divisória entre duas formas de sucessão: uma que deriva de um ato *inter vivos*, como, por exemplo, de contratos, e a outra que deriva, ou tem como causa a morte (*causa mortis*), que ocorre quando os direitos e obrigações da pessoa que morreu são transferidos para seus herdeiros ou legatários.²⁴⁰

Para Tartuce o Direito Sucessório é definido da seguinte forma:

Direito das Sucessões [...] [é] o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido.²⁴¹

²³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*. p. XII.

²⁴⁰ VENOSA, *loc. cit.*

²⁴¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro:

Discorrer sobre o Direito das Sucessões, na ciência jurídica, é tratar de um campo específico do Direito Civil, o qual se refere sobre à transmissão dos bens, direitos e obrigações devido à morte de uma pessoa. É o chamado direito hereditário, que é diferente da sucessão que ocorre *inter vivos*.²⁴²

Advindo a morte, os bens e as obrigações deixadas por aquele que faleceu serão transmitidas, imediatamente, aos seus herdeiros e legatários; dessa forma, ocorre uma transcendência jurídica dos direitos e deveres aos sucessores, as demais obrigações que não serão transmitidas devido ao óbito serão extintas.²⁴³

Destaca-se que outra distinção que precisa ser feita é sobre o termo *herança*, o qual, com frequência, é empregado como sinônimo de sucessão. A sucessão se refere, como já mencionado, ao ato de suceder, e que poderá ocorrer *inter vivos* ou por conta da morte. Já a herança é o conjunto de direitos e obrigações que será transmitido em razão da morte, sendo que esse conjunto poderá ser transmitido a uma ou a mais pessoas. Dessa forma, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança.²⁴⁴

De acordo com Rolf Madaleno, a definição de herança seria esta:

Herança é o patrimônio deixado pelo falecido e representado pelo conjunto de seus bens materiais e imateriais, direitos e obrigações, ou, como institui o art. 91 do Código Civil, o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico e que se constitui em uma universalidade.²⁴⁵

Tendo em vista que o patrimônio deixado pela pessoa que falece é designado de herança, da qual fazem parte tanto o ativo quanto o passivo, após o inventário, o valor líquido da herança é transmitido efetivamente aos herdeiros, passando, dessa forma, a ter um valor econômico.²⁴⁶

Forense, 2019. v. 6. *E-book*. p. 3.

²⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*. p. XII.

²⁴³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 2.

²⁴⁴ VENOSA, *op. cit.*, p. 11.

²⁴⁵ MADALENO, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 3.

Diante do valor econômico e da ordem política que envolve o direito à herança, é que ela passou a ter proteção constitucional como um direito fundamental.²⁴⁷ Desse modo, o Direito Constitucional resguarda a transmissão da propriedade com base no Direito Sucessório e assegura o patrimônio familiar, consolida a solidariedade familiar e princípios da solidariedade sucessória.²⁴⁸

Uma vez que os objetivos do Direito Hereditário são: proteger a família e o seu patrimônio; preservar suas relações; fazer com que os bens sejam mantidos com ela, dessa forma assegurada constitucionalmente, deve zelar para que os bens de quem falece sejam transmitidos aos seus familiares ou às pessoas indicadas por ele por meio de testamento.²⁴⁹

Por esse motivo, o Direito Sucessório está presente no texto constitucional, garantindo o direito à herança como um direito fundamental, já que está presente no inciso XXX do art. 5º da CF/88,²⁵⁰ isto é, faz parte dos direitos que resguardam a dignidade da pessoa humana, junto com os demais direitos fundamentais abrangidos pela CF/88, como instrumentos efetivos do acesso ao pleno exercício da cidadania.²⁵¹

Após a análise sobre a importância da herança no Direito brasileiro, é importante destacar que ela poderá ser transmitida de duas formas: pela lei ou por disposição de última vontade do *de cujus*. Isso significa que ela poderá ser transmitida através de testamento, que é considerado a “tradução de última vontade”, ou, quando não houver testamento, será transmitida de acordo com as regras da ordem de vocação hereditária legítima, presentes na lei.²⁵²

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 9.

²⁴⁸ BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile*. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005. p. 534. v. II.

²⁴⁹ MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 11.

²⁵⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1º out. 2019.

²⁵¹ MADALENO, *op. cit.*, p. 14.

²⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: sucessões*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*. p. 11.

Essa classificação está estabelecida no art. 1.786 do CC.²⁵³ De acordo com Rolf Madaleno,

prescreve o art. 1.786 do Código Civil que a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade, aqui compreendida a sucessão testamentária. A sucessão legítima está prevista na lei e pode coexistir com a sucessão testamentária quando o sucedido fez testamento, mas, por exemplo, nele não dispôs da totalidade de seus bens por existirem herdeiros necessários. Desse modo, a fonte do direito sucessório é a lei ou o testamento e até mesmo ambas as origens.²⁵⁴

Assim sendo, ocorrerá a espécie de sucessão legítima quando a divisão dos bens for realizada de acordo com a previsão legal. Os herdeiros serão convocados conforme a ordem de vocação hereditária presente no art. 1.829²⁵⁵ do CC brasileiro, tendo em vista que o autor da herança não deixou testamento para expressar sua última vontade, ou ainda, que o tenha deixado foi julgado inválido.²⁵⁶

Já a sucessão testamentária ocorrerá quando o autor da herança deixar, de forma expressa, sua última vontade através de testamento. Nesse caso, ele indica, na cédula testamentária, quem serão seus herdeiros e legatários, e ainda ordena a forma como deverá proceder a divisão de seus bens. Ao realizar a sucessão testamentária, o testador externa a preferência de sua sucessão patrimonial, pois ela decorre, essencialmente, da efetiva vontade do falecido, enquanto vivo.²⁵⁷

Observa-se que a sucessão legítima será transmitida sem a intervenção da vontade do *de cujos*, pois a ordem de vocação já

²⁵³ BRASIL. Art. 1.786. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

²⁵⁴ MADALENO, *op. cit.*, p. 19.

²⁵⁵ BRASIL. Art. 1.829. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

²⁵⁶ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 58.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 58-61.

está estabelecida em lei, e os quinhões serão partilhados de acordo com o que está determinado nele. Já a sucessão testamentária resulta, essencialmente, da vontade do falecido, pois a deixou expressa enquanto vivo, porém só surtirá efeitos após sua morte. Como as duas espécies de sucessão estão previstas e reguladas em lei, isso faz com que elas sejam evidentemente legítimas.²⁵⁸

A sucessão legítima será aquela transferida aos herdeiros da lei, que, por sua vez, são considerados os herdeiros legítimos, já que são aquelas pessoas que mantiveram com o sucedido vínculo familiar, isto é, um vínculo no Direito de Família, vínculo, esse, baseado em laços de parentesco consanguíneo ou de adoção, sendo, em linha reta, com descendentes ou ascendentes e, na linha colateral, até o quarto grau. Nesse rol, também estão presentes aqueles que mantiveram uma relação de casamento ou união estável com quem veio a falecer.²⁵⁹

As pessoas que estão legalmente capacitadas a suceder o autor da herança fazem parte da vocação hereditária tanto pela sucessão legítima quanto pela sucessão testamentária, e ainda pela eventual concomitância das duas espécies de sucessão, tendo em vista que um herdeiro poderá ser beneficiado por testamento e ainda constar na ordem de vocação estabelecida em lei, conforme o art. 1.829 do CC.²⁶⁰

No testamento também poderá estar presente a figura do *legatário*, que é aquele que recebe a sucessão a título singular, ou seja, no testamento é possível que sejam atribuídos determinados bens a determinadas pessoas, sendo isso denominado de *legado*. Os bens atribuídos a alguém pelo testador poderão ser fungíveis e até mesmo substituídos por outros da mesma espécie.²⁶¹

No entanto, o valor dos bens legados não poderá comprometer a legítima dos herdeiros necessários. Caso isso venha a ocorrer, o testamento será considerado inválido, sendo necessário

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 60-61.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 68.

²⁶⁰ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 61.

²⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

reduzir o valor do legado e atribuir valor menor aos beneficiários. O legado poderá ser instituído tanto em favor dos herdeiros necessários como dos herdeiros testamentários.²⁶²

Os herdeiros legítimos são protegidos por lei, pois são considerados herdeiros necessários e, por isso, possuem assegurado o direito de receber, pelo menos, a metade do monte-mor. Desse modo, não podem, esses, ser excluídos da herança, salvo nos casos de declaração judicial de ato de indignidade ou de deserdação.²⁶³

Destaca-se que tanto a sucessão legítima quanto a testamentária serão transmitidas de imediato aos herdeiros, pois, após a morte de alguém, se considera aberta a sucessão e, desde logo, ela é transmitida aos herdeiros. Isso está presente no art. 1.784²⁶⁴ do CC, que estabelece: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.²⁶⁵

Por isso que, após a morte de alguém, ou aberta a sucessão, conforme expressão do artigo mencionado, a herança dessa pessoa é transmitida *ipso jure* aos seus herdeiros, ou seja, aos legítimos e/ou testamentários. O Direito brasileiro adota a doutrina da transmissão imediata da posse, da propriedade e das obrigações.²⁶⁶

Esse procedimento ocorre pela aplicação do princípio da Saisine, que determina que a transmissão do domínio e da posse da herança seja realizada no exato momento da morte do sucedido. Para que isso ocorra, não dependerá de qualquer tipo de formalidade legal e muito menos da prévia abertura de inventário.²⁶⁷

O princípio de Saisine já era aplicado no Direito francês e tinha como entendimento de que a posse da herança deveria ser transmitida no exato instante em que o autor da herança falece. Esse princípio foi introduzido no Direito português, no ano de 1786, e, por fim, passou a ser aplicado também no Direito

²⁶² DIAS, *loc. cit.*

²⁶³ MADALENO, *op. cit.*, p. 68.

²⁶⁴ BRASIL. Art. 1.784. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

²⁶⁵ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. p. 22.

²⁶⁶ MADALENO, *op. cit.*, p. 37.

²⁶⁷ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 37.

brasileiro, com a definição de que a transmissão dos direitos de herança ocorre de forma automática, após a abertura da sucessão.²⁶⁸

Ressalta-se que o direito de Saisine é tido como uma ficção jurídica que tem o intuito de evitar que a herança reste no vazio e fique sem titularidade até o momento em que os herdeiros se habilitem a aceitá-la. Desse modo, a transmissão da herança ocorre de forma imediata e não depende da prévia adição dos herdeiros, que não precisam sequer ter conhecimento da morte do titular dos bens, já que a aceitação ou o repúdio da herança será feito em ato posterior.²⁶⁹

Para que a herança seja transferida, é necessário que o herdeiro tenha capacidade para suceder, ou seja, que tenha aptidão para receber a transmissão *causa mortis*. Goza dessa capacidade toda pessoa física ou jurídica, a não ser que exista alguma disposição contrária em lei e que a capacidade não seja atribuída. A capacidade sucessória é considerada passiva, não devendo ser confundida com a capacidade civil e tampouco irá dela depender.²⁷⁰

A capacidade para adquirir bens numa herança é denominada de passiva, e, para que alguém possa ser considerado herdeiro, isto é, que tenha essa capacidade, é necessário atentar para três requisitos: a pessoa deve existir, no caso, estar viva ou ter sido concebida na época da morte; ter aptidão específica àquela determinada herança; e, por fim, não ser considerada indigna.²⁷¹

O primeiro requisito aponta ao fato de estar vivo quando ocorrer a morte do autor da herança. A personalidade tem início com o nascimento com vida, mas, segundo o art. 2^o²⁷² do CC, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Dessa maneira, a capacidade sucessória será aferida no momento da morte. A ideia principal sobre esse primeiro requisito é que o herdeiro exista no momento da morte do autor da herança, tanto

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 38.

²⁶⁹ MADALENO, *loc. cit.*

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 97.

²⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*. p. 60.

²⁷² BRASIL. Art. 2^o. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

que o art. 1.798²⁷³ do CC apresenta a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”²⁷⁴

No momento em que a lei põe a salvo o direito do nascituro, o art. 2º do CC não faz distinção se a concepção foi natural ou artificial. Desse modo, para Dias o conceito de nascituro abrange, também, o embrião pré-implantatório, isto é, aquele já concebido e que está aguardando, *in vitro*, para ser implantado no ventre materno. Assim, dessa forma, irá apresentar capacidade sucessória, tendo em vista que a norma não impõe que o embrião tenha sido implantado, apenas que tenha sido concebido.²⁷⁵

Já o segundo requisito exige que a pessoa tenha aptidão específica para determinada herança, ou seja, que tenha legitimação para ser herdeira daquela herança. A legitimidade é importante, pois, diante de descendentes, por exemplo, os ascendentes não serão herdeiros, já que não terão a devida legitimidade. Nesse mesmo contexto, não terão legitimação para ser herdeiros os colaterais além do quarto grau, já que a lei determina, até esse vínculo, a vocação legítima.²⁷⁶

Como último requisito para que alguém tenha capacidade para suceder é que não seja considerado indigno de receber aquela herança. A indignidade está presente nos arts. 1.814²⁷⁷ e seguintes do CC, serão considerados aqueles excluídos da sucessão, pois praticaram algum ato contra o autor da herança. Ato, esses, que, segundo a lei, são presumidos como incompatíveis com os sentimentos de afeição real ou presumida, e, dessa forma, os herdeiros perdem a aptidão da capacidade passiva.²⁷⁸

É preciso observar que a capacidade sucessória testamentária também atende a alguns requisitos, pois ela abrange tanto a condição jurídica do testador, que seria considerada

²⁷³ BRASIL. Art. 1.798. *loc. cit.*

²⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*. p. 60.

²⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 124.

²⁷⁶ VENOSA, *loc. cit.*

²⁷⁷ BRASIL. Art. 1.814. *loc. cit.*

²⁷⁸ VENOSA, *loc. cit.*

testamentificação ativa, quanto a condição jurídica do sucessor hereditário, que, nesse caso, teria a capacidade de testamentificação passiva.²⁷⁹

Para que se possa efetivar a sucessão testamentária, o testamento deverá atender aos requisitos da validade, tendo em vista que se trata de uma modalidade de negócio jurídico. Deverão ser observadas a capacidade testamentária ativa e a passiva, pois a capacidade para suceder por testamento possui algumas características próprias, como, por exemplo, aquela apresentada pela modalidade de instituição testamentária condicional, que apresenta a previsão do filho eventual de uma pessoa determinada pelo testador existente na época da abertura da sucessão.²⁸⁰

A sucessão testamentária também possibilita sucessão em favor de pessoas jurídicas existentes ou em favor das futuras fundações, nesse caso, a organização foi determinada pelo testador, inclusive de como será realizado o recebimento do patrimônio. Além da prole eventual, que são os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, no entanto desde que elas estejam vivas quando da abertura da sucessão.²⁸¹ São as regras especiais presentes no art. 1.799²⁸² do CC.

Por fim, a legitimidade para receber a herança pela disposição de lei é que o herdeiro tenha sido concebido ou tenha nascido até o momento do óbito do autor da herança, conforme o art. 1.798 do CC, já exposto.²⁸³

No entanto, às técnicas de reprodução humana medicamente assistidas, são realizadas com a utilização de embriões congelados ou com o emprego de espermatozoides ou óvulos criopreservados, que serão transferidos, mais tarde, para o corpo da mulher. Essas técnicas fizeram com que surgisse o tema sobre a possibilidade de

²⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 115.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 119.

²⁸² Art. 1.799. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

²⁸³ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 100.

invocação hereditária da pessoa que foi gerada por meio da utilização desse procedimento após a morte de um de seus genitores.²⁸⁴

Julga-se necessário contextualizar que a época em que o art. 1.798 foi apresentado pela Comissão de Juristas, no final dos anos 60, as informações sobre as técnicas de fertilização *in vitro* eram muito incipientes, motivo pelo qual o legislador não atentou para os avanços científicos ocorridos na área da reprodução humana. Dessa forma, foi tida como referência a regra contida no art. 1.717 do CC, de 1916, o qual tratava dos já concebidos.²⁸⁵

Com isso, o CC admite que seja utilizada a técnica de reprodução humana assistida póstuma, mas não regulamenta sobre os direitos sucessórios do filho concebido através desse procedimento, gerando divergências na doutrina.

4.2 Direitos sucessórios: filhos *post mortem*

De acordo com o apresentado, é possível verificar que existe uma discrepância entre o exposto no CC sobre o direito de filiação do filho concebido através da técnica de reprodução humana assistida homóloga após a morte de um de seus genitores e o que está exposto na parte em que trata sobre os direitos sucessórios, tornando-se necessária a análise de alguns pontos importantes.

Conforme apresentado, o CC brasileiro regulamenta as técnicas de reprodução humana assistida de forma superficial, pois a matéria consta somente no art. 1.597, porém com o intuito de determinar a presunção de filiação, já que, nos demais aspectos, a resolução do CFM é utilizada como norma geral.²⁸⁶

Contudo, no artigo supramencionado, é admitida a possibilidade de um filho ser gerado mesmo após a morte de um de seus pais, e ainda não estabelece qualquer limite temporal para

²⁸⁴ GAMA, *op. cit.*, p. 116.

²⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 116-117.

²⁸⁶ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 108.

que esse acontecimento ocorra. Dessa forma, é viável que seja realizada a inseminação *post mortem* com sêmen congelado do autor da herança, e, diante dessa situação, ele será pai mesmo depois de morto,²⁸⁷ conforme o art. 1.597, inciso III do CC.

As modernas técnicas de reprodução humana assistida deram início a diversas relações sociais e jurídicas que ainda não estão completamente previstas ou reguladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a possibilidade de uma pessoa ser gerada após a morte de um ou de ambos os seus genitores. Diante disso, gera reflexos imediatos no Direito Sucessório que, assim, desfaz a evidência superada de que o herdeiro descendente deveria ser, ao menos, concebido no momento da abertura da sucessão.²⁸⁸

A legislação civil brasileira não poderá deixar de observar o direito sucessório do filho nascido pela técnica de reprodução assistida *post mortem*, já que os argumentos, para que ele tenha esse direito, são inúmeros, sendo o primeiro deles em razão do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, que não podem receber tratamento diferente, independentemente, da época do nascimento. Desse modo, esses filhos teriam os mesmos direitos da sucessão hereditária.²⁸⁹

Além do mais, o Brasil não proíbe o uso de técnicas de reprodução humana assistida póstuma, motivo pelo qual também não pode excluir o filho nascido, através dessa técnica de sucessão do autor da herança. O CC reconhece os direitos dos nascituros, os quais estão resguardados desde a concepção, não importando o modo como a concepção será realizada: natural ou artificial.²⁹⁰

Ademais, a legislação infraconstitucional não poderá contrariar a igualdade entre os filhos, pois já está determinada pela CF/88, e nem oferecer tratamento diferenciado aos filhos nascidos através da reprodução assistida póstuma, como, por exemplo, excluindo-os da sucessão, assim como os filhos oriundos dessa técnica não serão

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 109.

²⁸⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 473.

²⁸⁹ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. *E-book*. p. 96-97.

²⁹⁰ MORAES, *loc. cit.*

excluídos também da igualdade de filiação, pois as técnicas fazem parte do direito constitucional ao planejamento familiar.²⁹¹

No entendimento de Maria Helena Diniz,²⁹² não teria como conferir direitos sucessórios aos filhos nascidos por inseminação *post mortem*, já que eles ainda não estariam gerados por ocasião da morte de seu pai genético, de acordo com o art. 1.798 do CC. Dessa forma, ela expõe:

“Filho” póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e, por isso, é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se equívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento.²⁹³

Para a referida autora os filhos concebidos através de técnicas reprodutivas *post mortem* só poderiam ter a herança garantida através da sucessão testamentária, com a expressa disposição que fosse concedida em favor da prole eventual do próprio testador. No entanto, conforme Gama, essa orientação feriria princípios constitucionais, entre eles, o princípio da isonomia material entre os filhos, independentemente da origem deles.²⁹⁴

O CC admite a presunção de que será filho do casal mesmo aquele havido a qualquer tempo sendo excedentário fruto de concepção artificial homóloga, ou aquele havido por meio de fecundação homóloga, mesmo que o marido/pai já tenha falecido. Desse modo, o CC apresenta a possibilidade de paternidade e filiação *post mortem* de forma expressa.²⁹⁵

Conforme exposto, a lei brasileira faz referência às técnicas

²⁹¹ MORAES, *loc. cit.*

²⁹² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 720.

²⁹³ DINIZ, *loc. cit.*

²⁹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 119.

²⁹⁵ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 211.

de reprodução assistida somente para estabelecer a presunção de filiação, e não estabelece qualquer previsão acerca dos reflexos que a utilização dela poderá causar no âmbito do Direito Sucessório. Ou seja, o legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do CC, não considerou os avanços científicos na área da reprodução humana assistida, já que só faz referência a pessoas já concebidas.²⁹⁶

No entanto, essa determinação é considerada insuficiente para o Direito Sucessório, pois comprometeria a segurança das relações jurídicas. Por outro lado, ao negar o direito à herança, estaria contrariado também o que está garantido no art. 5º da CF/88, pois seria como limitar os direitos daqueles que, agora, o próprio código reconhece como filhos por presunção.²⁹⁷

A regra que exige que a sucessão seja aberta apenas em favor das pessoas que já existam, pelo menos na condição de filhos concebidos, no momento do falecimento do autor da herança, já é considerada como um direito clássico em que os bens serão recolhidos por aqueles que estejam vivos no falecimento do autor da herança.²⁹⁸

O posicionamento do autor Dario Alexandre Guimarães Nóbrega²⁹⁹ é no sentido de que deverá ser feita uma interpretação constitucional da igualdade entre os filhos, desse modo vedaria qualquer forma de discriminação em relação aos filhos gerados através de técnicas de inseminação artificial. Diante disso, ele acredita que esse filho não poderá ser excluído da sucessão, atentando ao fato de que o próprio genitor deixou seu material disponível para futura utilização.

Portanto, o Direito de Família autoriza que o filho seja concebido após a morte do companheiro da mulher, porém, como observado, essa autorização se confronta com o que está previsto no art. 1.798 do CC em relação aos direitos sucessórios do filho póstumo, já que, por esse artigo, conforme visto, só aqueles já

²⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 124.

²⁹⁷ SCALQUETTE, *loc. cit.*

²⁹⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 472.

²⁹⁹ NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida *post mortem* e o direito sucessório do concebido. Uma interpretação constitucional da legitimidade sucessória a partir do princípio da isonomia. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões**, Porto Alegre, ano 12, v. 20, p. 57, fev./mar. 2011.

nascidos ou concebidos, quando da abertura da sucessão, seriam legitimados a suceder.³⁰⁰

Observa-se, também, que o artigo mencionado não estabelece distinção quanto à forma de concepção, se ela deverá ocorrer de forma natural ou se poderá ser proveniente de técnicas de reprodução assistida.³⁰¹ Dessa maneira, ao analisar, sob o aspecto do Direito Sucessório o tema não apresenta a mesma segurança jurídica do que no Direito de Família.

Ou seja, ao se admitir a inseminação póstuma, não deverá haver nenhum tipo de discriminação ao filho gestado e nascido através dessa técnica, e seus direitos devem estar garantidos, conforme previsto e apresentado; entre os filhos, deverá permanecer o princípio da igualdade previsto, inclusive, na CF/88.

A utilização de técnicas de reprodução assistida faz parte de um direito fundamental e é consequência do direito ao planejamento familiar, previsto na CF/88, por isso não seria admitido que, pela morte daquele que já manifestou, em vida, a vontade de ter filhos, mesmo que venha a ser através de reprodução assistida, que esse filho não tenha os mesmos direitos.³⁰²

Diante das novas técnicas de reprodução assistida e para que o Direito Sucessório seja estendido aos filhos concebidos através delas, foi elaborado o Enunciado n. 267 na III Jornada de Direito Civil, promovida em 2004, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.³⁰³

³⁰⁰ MADALENO, *op. cit.*, p. 473.

³⁰¹ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. *E-book*. p. 93.

³⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 125.

³⁰³ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil – Enunciados aprovados de n. 138 a 271**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%20>

Conforme consta no enunciado, deverá ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida a vocação hereditária, desse modo a fertilização *post mortem* é uma das técnicas que terá abrangência. Por esse motivo, o filho proveniente da fertilização realizada, através de reprodução assistida póstuma, não poderá receber tratamento diferenciado em relação aos demais filhos, inclusive, àqueles relacionados aos direitos sucessórios.³⁰⁴

De acordo com o posicionamento de Maria Berenice Dias,

na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legítima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade de filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.³⁰⁵

Conforme exposto por essa autora, não poderia ser admitido que o Direito Sucessório do filho concebido após a morte do pai seja concedido apenas com a existência de um testamento, pois os filhos devem receber tratamento isonômico, já que todos pertencem à mesma classe: a dos herdeiros legítimos e necessários, por isso com direito à herança legítima.³⁰⁶

Diante do impasse apresentado pela legislação, qual seria a possível resolução para esse conflito, já que, de um lado, está o direito dos herdeiros já nascidos no momento da abertura da

2013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view. Acesso em: 8 nov. 2019. p. 17.

³⁰⁴ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. *E-book*. p. 97.

³⁰⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 126.

³⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

sucessão e são beneficiados tendo em vista o princípio de Saisine, o qual exige que os herdeiros já existam no momento da morte do autor da herança; e, do outro, estão os direitos dos seres em potencial, ou seja, daqueles que ainda poderão vir a nascer, visto que, de acordo com a lei, serão reconhecidos presumidamente como filhos, mas correm o risco de ter seus direitos limitados.³⁰⁷

Tendo em vista os questionamentos que esse tema gera, a autora Scalquette entende que o instituto da ausência³⁰⁸ poderia ser utilizado como referência para essa situação. Ela exemplifica que, em situação de ausência, o legislador também possui dúvidas, já que, de um lado, estão os interesses dos futuros herdeiros do ausente, os quais receberão os bens caso a morte dele seja confirmada ou presumida, e, de outro, está o interesse do próprio ausente de que seus bens mantenham-se conservados, para que ainda possa desfrutá-los quando retornar.³⁰⁹

Nesse exemplo, em um primeiro momento, será analisada, com maior atenção, a possibilidade de retorno do ausente, por isso será aberta a fase denominada de “curadoria de ausentes”. Já num segundo momento, constatando a possibilidade remota de retorno e tendo sido tomadas as devidas providências, mas sem sucesso, será aberta a sucessão provisória. Desse modo, os possíveis herdeiros, desde que tenham prestado a caução necessária, poderão tomar posse dos bens.³¹⁰

³⁰⁷ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 211.

³⁰⁸ A ausência pode ser considerada como hipótese de morte presumida, decorrente do desaparecimento da pessoa natural, sem deixar corpo presente (morte real). A ausência, anteriormente, era tratada como causa de incapacidade absoluta da pessoa, agora é hipótese de inexistência por morte. Em outras palavras, ocorre nos casos em que a pessoa está em local incerto e não sabido (LINS), não havendo indícios das razões do seu desaparecimento. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 213. v. 1.

Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 8 nov. 2019.

³⁰⁹ SCALQUETTE, *op. cit.*, p. 211-212.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 212.

Após exauridas as tentativas, e tendo passado o prazo legal para o retorno do ausente, será aberta a sucessão definitiva, ou seja, os bens passarão, definitivamente, aos herdeiros. Por esse motivo, é que a autora acredita que poderia ser comparado e aplicado raciocínio semelhante em situações de embriões congelados, sendo realizada a sucessão de forma gradual.³¹¹

Isto é, após a morte de um dos genitores, desde que ele tenha deixado autorização expressa para que seu material genético pudesse ser utilizado, poderia ser aberta uma sucessão provisória, que passaria a ser definitiva com o decurso do prazo, conforme o exemplo dado sobre o ausente, pois, desse modo, todos os interesses estariam resguardados, como, por exemplo, o interesse da coletividade que não iria correr o risco de conviver com a insegurança jurídica e o interesse dos herdeiros envolvidos.³¹²

Nessa comparação, tanto os direitos dos filhos já concebidos quanto os dos filhos futuros seriam protegidos. No entanto, a autora ressalta que se trata de uma decisão político-legislativa, e observa que, caso o filho seja gerado após o período preestabelecido, para que os direitos sucessórios mantenham-se resguardados, ele não teria mais direito à herança.³¹³ Num primeiro momento, esse posicionamento não aparenta ser justo, porém, se for analisado apenas sob o ângulo daquele que perdeu seus direitos, já que os demais herdeiros existentes não podem ficar *ad eternum* na expectativa de que essa condição suspensiva seja realizada.³¹⁴

Após analisar a comparação sugerida pela referida autora e pelo Enunciado n. 267 citado, demonstra-se a necessidade de que seja estabelecido um prazo, para que a inseminação artificial *post mortem* ocorra, já que esse procedimento poderá ser realizado em tempo considerável após o falecimento de um ou de ambos os genitores ou até mesmo após o inventário ter sido finalizado. Por isso, parte da doutrina entende como necessária a determinação de um prazo.

³¹¹ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 212.

³¹² *Ibidem*, p. 213.

³¹³ SCALQUETTE, *loc. cit.*

³¹⁴ SCALQUETTE, *loc. cit.*

Dessa forma, a autora Anna de Moraes Salles Beraldo³¹⁵ considera que é necessária a criação de uma lei, no sistema brasileiro, para que fixe o lapso temporal tanto para a implantação do embrião quanto do material genético congelado do falecido, desde que tenha sido deixada autorização expressa para que possa ser utilizado, mesmo após sua morte. Ela observa, ainda, que o prazo deverá ser suficiente para que o cônjuge sobrevivente reflita e execute o procedimento, e alega que, com a estipulação de prazo, impediria que a situação fosse prolongada, e que o filho póstumo não nasceria desamparado patrimonialmente. Mas ressalva que, independentemente da época do nascimento, deverá ser considerado como herdeiro necessário.

Diante do exposto pela autora, poderia ser feita uma analogia com Lei n. 11.105/2005, que permite que os embriões congelados, há mais de três anos, possam ser utilizados em pesquisas de células-tronco, desde que tenha sido consentido pelos genitores; após esse prazo, eles não pertencem mais aos seus pais e não possuirão mais direitos pessoais ou patrimoniais. O prazo estipulado pelo legislador foi com o intuito de que, após esse período, os embriões fossem implantados e considerou como um período em que os pais poderiam refletir sobre a decisão de ter ou não esses filhos, além do que, desse modo, os embriões não ficariam congelados eternamente.³¹⁶

Já no caso da sucessão, destaca-se que a decisão também seria dos genitores, pois um deles já deixaria, de forma expressa, sua vontade pela utilização do seu material genético para que novo ser fosse gerado, ainda que após sua morte. Assim sendo, o outro pai deveria respeitar o prazo de três anos para tomar a decisão de realizar, ou não, o procedimento, no entanto a fertilização ou implantação deverá ocorrer dentro desse período. Conforme entendimento da autora Scalquette,³¹⁷ as regras já estariam estabelecidas, e as partes envolvidas, cientes acerca do

³¹⁵ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 132.

³¹⁶ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 214-215.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 215.

procedimento, isto é, deixaria de ser um problema e seria uma tomada de decisão consciente do casal parental.

Já para Rolf Madaleno a questão dos prazos deverá ser analisada da seguinte forma:

Penso que toda a imposição de prazo para assegurar os direitos sucessórios legítimos do filho fecundado *post mortem* se mostra incoerente e inaceitável sob o argumento de proteção dos interesses dos coerdeiros, notadamente quando a restrita igualdade de tratamento da prole não permite estabelecer qualquer comportamento diverso em razão da forma e tempo de nascimento, se antes ou depois da morte do autor da herança.³¹⁸

Mesmo é o entendimento da autora Maria Berenice Dias,³¹⁹ que compreende que a data em que o nascimento ocorra é considerada irrelevante, pois o filho possui o direito sucessório garantido, uma vez que, mesmo com a morte do genitor, não poderá ser excluído o vínculo de filiação que foi feito e aceito, em vida, através do início do projeto parental.

A autora supramencionada ainda complementa que a analogia feita entre o prazo para o nascimento do filho, gerado através de inseminação póstuma, não poderá ser a mesma estabelecida para a concepção de prole eventual, ou seja, aquele prazo de dois anos estabelecido em lei. Já que esse prazo foi acordado para garantir a segurança jurídica aos demais sucessores, no entanto isso não deverá prevalecer sobre o direito hereditário do filho póstumo, mesmo que venha a nascer alguns anos depois.³²⁰

Esse mesmo entendimento é apresentado por Francieli Pisetta,³²¹ que admite a utilização de técnicas de reprodução assistida *post mortem* e que os filhos oriundos dessas técnicas devem ter

³¹⁸ MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 480.

³¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 126.

³²⁰ DIAS, *loc. cit.*

³²¹ PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga post mortem: aspectos jurídicos sobre a filiação e o Direito Sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 147.

seus direitos preservados, desse modo, respeitando o princípio da igualdade, porém considera necessária a estipulação de um prazo, para que os demais coerdeiros tenham segurança jurídica.

Além disso, considera que o prazo de três anos não é um prazo longo, que pudesse prejudicar os herdeiros já existentes no momento da abertura da sucessão. Como também não é considerado um prazo tão curto para que o cônjuge sobrevivente possa dar continuidade ao projeto parental, tendo em vista que, com as dores do luto, ele não conseguiria se submeter ao procedimento necessário para que esse filho fosse gerado.³²²

De acordo com o posicionamento da autora, os filhos advindos do emprego de técnicas de reprodução assistida *post mortem* devem ter seus direitos sucessórios garantidos, em cumprimento aos mandamentos constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana e aos direitos à herança, e ainda, devido à admissão expressa da presunção de filiação de acordo com o art. 1.597 do CC vigente.³²³

No entanto, ela reforça sua opinião de que esses limites temporais devem estar impostos em lei, para que se evite a insegurança nessas relações jurídicas que envolvem a transmissão da herança e, do mesmo modo, se resguardem os direitos dos demais herdeiros.³²⁴

De acordo com o exposto, será necessário analisar as duas alternativas possíveis: a prática de reprodução humana assistida, sendo realizada na modalidade de inseminação artificial póstuma, deverá ser proibida, ou, se for admitida, o filho nascido através dessa técnica deverá ser tratado como herdeiro legítimo, caso contrário, ele estaria sendo prejudicado apesar de apresentar a condição de filho.³²⁵

Por fim, deverá ser considerada como inconstitucional a tese de que se dê tratamento diferenciado aos filhos da mesma mãe e do mesmo pai, devido ao momento em que nasceram. Uma vez que os filhos são herdeiros legítimos, independentemente

³²² SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 215.

³²³ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 221.

³²⁴ SCALQUETTE, *loc. cit.*

³²⁵ MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. *E-book*. p. 250.

da forma como foram gerados ou da data de seu nascimento, o tratamento legal recebido deverá ser o mesmo.³²⁶

4.3 Capacidade testametária e legítima decorrente de reprodução assistida *post mortem*

Conforme observado, a legislação brasileira não prevê, expressamente, os direitos do filho nascido através de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, mesmo ela sendo admitida no ordenamento jurídica e os filhos terem como princípio constitucional a igualdade entre eles. A doutrina também diverge, ou seja, se ele deveria ser herdeiro apenas pela via da modalidade testamentária ou ser incluído como herdeiro legítimo.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, não seriam habilitados a suceder, em geral, os entes que, ao tempo da morte do autor da herança, não foram sequer concebidos, ou seja, não são nem nascituros, ou que tenham morrido antes da abertura da sucessão. Essa regra está inserida na parte geral dos artigos que abordam a sucessão no Direito brasileiro, e, por isso, é uma regra aplicada tanto para sucessão legítima quanto para a testamentária.³²⁷

Desse modo, mesmo que seja considerada legítima a reprodução assistida *post mortem*, o art. 1.798 do CC não faz qualquer referência a essa possibilidade de sucessão. Gama³²⁸ afirma que esse artigo deveria ser interpretado considerando “o preceito para os casos de crianças geradas a partir de embriões formados e daqueles a formar”. Isto é, o embrião, futuramente, será desenvolvido no corpo feminino com o nascimento, dessa forma, é possível que se reconheça a capacidade sucessória, em geral, da pessoa que será gerada por meio de técnica de reprodução póstuma.

³²⁶ *Ibidem*, p. 248.

³²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.

³²⁸ *Ibidem*, p. 117.

Para Gama,³²⁹ no contexto da sucessão testamentária, o testador poderá, expressamente, reservar bens em legado ou indicar por ideal seu patrimônio para seu filho que ainda não tenha sido sequer concebido, mas que será após sua morte, por meio de técnicas reprodutivas *post mortem*.

Contudo, a disposição testamentária não poderá abranger a legítima – aquela que é reservada aos herdeiros necessários – mas o que estiver, no âmbito da disponibilidade do testador, é permitido.³³⁰ Ainda com base no art. 1.798 do CC, poderá ser instituída herança testamentária, ou legado, em favor do filho, que nasceu através de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, e sem utilizar a regra especial do art. 1.799. I, do CC, que trata de prole eventual.

É preciso destacar que a última declaração de vontade do *de cujos* para o fim de designar herança testamentária ou legado em favor de seu filho futuro, aquele gerado através de técnica de reprodução póstuma, não poderá ser confundida com consentimento expresso exigido para que o procedimento seja realizado. Portanto, é necessário que o testamento seja confeccionado, assim como, será exigido que ele tenha deixado expresso o consentimento para que a técnica seja realizada.³³¹

Outro questionamento que surge sobre o contexto da reprodução assistida póstuma é sobre o prazo em que o procedimento deveria ser realizado, isto é, em quanto tempo o embrião, ou o material fecundante congelado deveria ser implantado. Tendo em vista que, normalmente, o que for estabelecido em testamento não poderá ultrapassar dez anos a contar da abertura da sucessão, trata-se, inclusive, de um prazo instituído no CC para que ocorra o reconhecimento da condição de sucessor testamentário.³³²

O prazo mencionado é aquele geral, da prescrição, e, por isso, é aplicado às ações de petição de herança, que se fundamenta no valor da segurança jurídica que precisa ser preservado. Assim, se admite

³²⁹ GAMA, *loc. cit.*

³³⁰ GAMA, *loc. cit.*

³³¹ GAMA, *loc. cit.*

³³² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 117.

que seja instituído, pelo testamento, um prazo menor para que o procedimento ocorra, mas um prazo superior não será permitido.³³³

Observa-se que há diferença entre prole eventual e filho póstumo, sendo que a prole eventual é aquela que ainda não foi concebida por pessoa determinada no testamento pelo autor da herança. Ou seja, o legislador previu, nesse caso, a possibilidade de serem chamados à sucessão aqueles que ainda não foram concebidos, no entanto, é necessário que as pessoas que irão conceber estejam vivas no momento da abertura da sucessão.³³⁴ E o filho póstumo seria filho do próprio autor da herança, mas que ainda não teria sido concebido.

Para a autora Scalquette³³⁵ a previsão do art. 1.799 do CC poderá ser utilizada em favor da prole eventual do próprio testador, no entanto, essa previsão não poderá ser considerada suficiente para regulamentar a matéria sobre a transmissão dos bens do genitor, nos casos em que tenha deixado seu material genético ou embriões congelados, com a respectiva autorização, para que possam ser implantados; como consequência, irá gerar a existência futura de novos herdeiros necessários.

Ainda em relação à sucessão testamentária e seus vínculos com a reprodução assistida póstuma, surge a possibilidade de fideicomisso, ou substituição fideicomissária. Ela representa um mecanismo que busca dar maior efetividade e segurança à expressão de última vontade do autor da sucessão, nos casos de substituição de herdeiros e/ou legatários.³³⁶

A lei brasileira trata a substituição como um instituto sucessório em que consta, no testamento, quem será o herdeiro a ser chamado em segundo lugar, ou seja, de forma sucessiva no tempo. Desse modo, a nomeação testamentária quebra a ordem de vocação hereditária prevista em lei.³³⁷

³³³ *Ibidem*, p. 118.

³³⁴ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 216.

³³⁵ *Ibidem*, p. 220.

³³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 126.

³³⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro:

A possibilidade de substituição (apresentada pelo sucessão testamentária), faz surgir a modalidade de substituição fideicomissária, definida da seguinte forma por Venosa.

Há, no entanto, a possibilidade de outra modalidade de substituição, juridicamente muito rica, denominada fideicomisso. Por esse instituto há uma transmissão concomitante e sucessiva a duas pessoas. Transmite-se a propriedade da coisa a um primeiro beneficiário (o fiduciário), propriedade essa resolúvel, com a obrigação de que esse fiduciário a transfira para um segundo aquinhoador (o fideicomissário).³³⁸

Quer dizer que o fideicomisso é uma modalidade de substituição em que o testador institui dois sucessores, de forma sucessiva, ocorrendo uma dupla transmissão. Tanto o fiduciário quanto o fideicomissário são sucessores do *de cujos*. É uma instituição peculiar, pois é permitida a dois sucessores, os quais gozarão dos poderes próprios à propriedade cada um por si, porém em épocas distintas.³³⁹

Existem elementos essenciais, para que o fideicomisso seja constituído, sendo eles estabelecidos da seguinte forma: ocorrerá a dupla convocação de herdeiros, ou legatários, de forma direta, em favor do fiduciário, e de forma indireta ao fideicomissário; será em ordem sucessiva, ou seja, o segundo herdeiro, ou legatário, só será chamado, realmente, para suceder se ocorrer o evento previsto no testamento; o fiduciário possui o ônus de conservar o legado, ou a herança, até o momento da transmissão automática ao fideicomissário.³⁴⁰

Para que ocorra o instituto do fideicomisso, na sucessão testamentária, são necessários três sujeitos: o primeiro é o *fideicomitente*, ou seja, o testador que irá dispor no testamento, instituindo o fideicomisso e é quem possui capacidade ativa. Já o segundo sujeito é o *fiduciário*, que é o primeiro herdeiro

Forense, 2019. v. 6. *E-book*. p. 528.

³³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: sucessões*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*. p. 339.

³³⁹ VENOSA, *loc. cit.*

³⁴⁰ GAMA, *op. cit.*, p. 128-129.

testamentário, ou legatário, o qual recebe os bens em propriedade resolúvel, para que, assim que ocorra o implemento da condição, advento do termo ou a sua morte, irá passar os bens ao outro instituído. Por fim, o *fideicomissário* é o segundo instituído no testamento de forma sucessiva, é o destinatário final da herança testamentária, ou do legado, mas apenas após a verificação da ocorrência do fato previsto pelo testador, para que a herança, ou o legado, seja transmitido.³⁴¹

Sobre o evento futuro que poderá gerar a transmissão sucessiva da herança testamentária, ou do legado, esse ocorrerá diante de três possibilidades: com a morte do fiduciário, quando certa condição, que não seja a morte do testador e o início do termo final da duração de titularidade da herança ou do legado, for implementada, para que, no final, seja realizada a transmissão e, por último, com a chegada do termo final determinado no testamento.³⁴²

No entanto, sua aplicação sempre ocorreu de forma reduzida e, após o CC de 2002, sua aplicação foi diminuída ainda mais, tendo em vista que, de acordo com o art. 1.952,³⁴³ essa modalidade somente será permitida em favor daqueles que ainda não foram concebidos ao tempo da morte do testador.

Por isso, o questionamento presente na doutrina, se na vigência do CC de 2002, o instituto do fideicomisso poderá ser reconhecido como aquele voltado apenas aos fideicomissários que ainda não tenham sido concebidos na época da elaboração do testamento ou irá abranger como fideicomissárias as pessoas existentes na época da realização do testamento, da abertura da sucessão e da verificação do evento futuro para que seja permitida a transmissão da herança, ou do legado.³⁴⁴

Desse modo, o questionamento que se faz: Existe a possibilidade de o fideicomisso ser instituído e ter como fideicomissária a

³⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 128.

³⁴² GAMA, *loc. cit.*

³⁴³ Art. 1.952. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 out. 2019.

³⁴⁴ GAMA, *loc. cit.*

futura criança que poderá nascer por meio de reprodução assistida póstuma tanto nos casos de embriões congelados quanto quando for através de material fecundante criopreservado.³⁴⁵

Para a autora Anna de Moraes Salles Beraldo³⁴⁶ esse instituto poderia ser mais um instrumento disponível, para que o autor da sucessão, em vida, deixasse, através de testamento, um benefício ao filho póstumo e, ainda, teria a possibilidade de beneficiar outra pessoa em momento anterior ao procedimento de reprodução assistida *post mortem*.

Na doutrina, a autora Ana Cláudia Scalquette,³⁴⁷ também considera possível que tanto o bem gravado quanto a herança testamentária gravada de fideicomisso possam beneficiar filho do próprio testador como fideicomissário, conforme o tratamento dado pelo CC de 2002.

No entanto, ela apresenta o seguinte questionamento, pois consta o termo *concebido*, que se refere à concepção, que ocorre quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide. De acordo com as novas técnicas reprodutivas disponibilizadas pela medicina, quando há material genético preservado, ou seja, sêmen ou óvulos, não teria maiores problemas com a palavra concebido. Porém, quando o embrião estiver congelado, já estaria concebido e, desse modo, o filho gerado a partir dele não poderia ser fideicomissário.³⁴⁸

A interpretação que a autora apresenta é que já tendo sido concebido, mas que ainda não tenha nascido, será nomeado um curador até que ocorra seu nascimento com vida, momento em que ele adquirirá a nua-propriedade, ou seja, o mesmo tratamento conferido ao nascituro. Já que o legislador, ao mencionar sobre o ser não concebido, não previu as hipóteses de concepção artificial, criopreservação e as demais situações proporcionadas pela medicina e que tornam o fideicomisso ainda mais interessante.³⁴⁹

³⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus**: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 131.

³⁴⁶ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 149.

³⁴⁷ SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 224.

³⁴⁸ SCALQUETTE, *loc. cit.*

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 224-225.

Diante do exposto, a questão principal é referente à sucessão legítima em favor do filho póstumo, que foi gerado através da técnica de reprodução assistida *post mortem*, posto que a legislação civil brasileira ainda não apresentou uma resolução clara e adequada para solucionar a eventual ocorrência de conflito de interesses entre os herdeiros legítimos, já vocacionados à sucessão do falecido e o herdeiro legítimo que foi concebido e teve seu nascimento após a morte do autor da herança.³⁵⁰

Como exposto inicialmente, o direito à herança está consagrado na CF/88, assim como a igualdade entre os filhos, por isso, o entendimento de parte da doutrina é de que o filho póstumo faça parte da sucessão legítima, pelo vínculo de filiação que possui com o autor da sucessão.

Desse modo, Gama³⁵¹ ressalta: “De imediato, é importante desconsiderar a possibilidade de o filho póstumo, como regra, somente poder suceder o falecido na sucessão testamentária – como herdeiro testamentário ou legatário”. Pois, conforme seu entendimento, a regra estabelecida no art. 1.798 não expressa tudo que deveria e, assim, se torna necessária a interpretação de modo a estender o preceito legal, inclusive, para os casos de filhos nascidos a partir de embriões congelados, já formados ou daqueles embriões que ainda serão formados, caso dos materiais genéticos congelados, e não permitir que seja restrito aos nascituros.

Além do que, a orientação de que os filhos concebidos através de técnica de reprodução assistida póstuma só poderão ser considerados no âmbito da sucessão testamentária, e não, na legítima, geraria violação do princípio da igualdade material entre os filhos. Esse princípio está presente na nossa Constituição e, desde sua promulgação, não houve mais discriminações quanto à origem e à espécie de filiação, para o fim de serem atribuídas e reconhecidas determinadas situações jurídicas, entre elas, o Direito Sucessório.³⁵²

Outra análise necessária a ser feita é a interpretação sistemática

³⁵⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 145.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 146.

³⁵² GAMA, *loc. cit.*

do art. 1.597, inciso III, e do art. 1.798, ambos do CC, com a finalidade de reconhecer a técnica de reprodução assistida póstuma. Uma vez que está expressamente admitida na legislação civil brasileira e, ainda, informada pelos princípios constitucionais e, de acordo com essa análise, deverão ser atribuídos os mesmos direitos garantidos aos filhos existentes, no momento da abertura da sucessão, aos filhos concebidos e nascidos após a morte do autor da herança.³⁵³

Observa-se que a lei civil, ao tratar sobre a ordem da vocação hereditária, separa os herdeiros legítimos em diferentes ordens e classes, portanto, apresentando uma hierarquia que deverá ser observada quando ocorrer o efetivo chamamento deles à sucessão. A preferência será estabelecida de acordo com a maior proximidade do grau de parentesco da pessoa com relação ao autor da sucessão.³⁵⁴ Ademais, a sucessão legítima deverá ser baseada nos interesses dos herdeiros integrantes do núcleo familiar do qual pertencia o falecido.

Com base nas premissas que norteiam a sucessão legítima no Direito Sucessório brasileiro, é necessário analisar a superveniência de filhos, que são parentes na linha reta descendente. A situação a ser analisada não é somente entre os filhos que não foram reconhecidos em vida pelo autor da herança, mas sobre a situação do filho nascido após a morte de seu genitor, fruto de técnicas reprodutivas póstumas.³⁵⁵

O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁵⁶ entende que o mesmo raciocínio desenvolvido, quando do surgimento de um filho que não havia sido reconhecido em vida pelo autor da herança e que, após sua morte, poderá ser reconhecido. Ele será habilitado nos autos do processo judicial, nesse caso, sem a necessidade de ação de petição de herança e, ao ser reconhecida sua qualificação como herdeiro, será incluído no processo para o fim de haver a partilha dos bens.

Isto é, ao ser identificado o surgimento de filho póstumo, em

³⁵³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 147.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 150.

³⁵⁵ GAMA, *loc. cit.*

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 151.

razão do êxito da técnica de reprodução assistida *post mortem*, poderão ser identificadas duas possibilidades: a primeira é no caso de o autor da herança ter deixado apenas herdeiros legítimos de classes inferiores às dos descendentes, eles serão excluídos da ordem de vocação da herança; e a segunda, que poderá ser comparada com a situação do filho não reconhecido em vida. No entanto, nesse caso, o filho póstumo concorreria com os demais filhos já existentes do falecido, e nenhum deles seria excluído.³⁵⁷

No âmbito da sucessão legítima, deverá ser ponderado o interesse das pessoas que já são, originalmente, chamadas como herdeiras do falecido, dos terceiros com quem essas pessoas já negociaram os bens que faziam parte da herança legítima e do herdeiro póstumo. Desse modo, observa-se que, diante do sistema jurídico em vigor, é necessário apresentar soluções para esses possíveis conflitos de interesses.³⁵⁸

Entende-se, assim, que até a partilha, qualquer interessado que tenha legitimação poderá requerer seu ingresso no inventário judicial, desde que não esteja finalizado, ou seja, não tenha sido realizada a partilha dos bens. Nesses casos, o juiz, depois de ouvir todos os interessados, poderá decidir, de forma favorável, sobre o pedido de admissão nos autos, dessa forma, não será necessário propor ação de petição de herança, só sendo necessária a retificação das primeiras declarações prestadas pelo inventariante.³⁵⁹

O filho que não foi reconhecido em vida pelo falecido necessita produzir prova documental da paternidade que está sendo alegada, já que somente os pais podem reconhecer, de forma voluntária, os filhos, ou seja, não basta que os demais herdeiros reconheçam que ele possui o estado de filiação, é preciso comprovar.³⁶⁰ Porém, no âmbito de sucessão legítima, que envolva filho nascido através de reprodução assistida *post mortem*, ele já irá possuir a presunção

³⁵⁷ GAMA, *loc. cit.*

³⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 155.

³⁵⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 278.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 285.

legal de paternidade em decorrência do art. 1.597 do CC.³⁶¹

Sobre a petição de herança proposta como uma possível solução no Enunciado n. 267, exposto, a autora Anna Beraldo concorda com a orientação apresentada a respeito de petição de herança. É necessário primeiramente conceituar a petição de herança no direito sucessório, para que demais conclusões sejam apresentadas.

A ação de petição de herança é atribuída ao herdeiro legítimo contra aquele que detém os bens da herança em todo ou em parte. É uma ação que será ajuizada pelo herdeiro, para que ele tenha reconhecida sua qualidade de herdeiro e, desse modo, reclamar de terceiros a universalidade da herança ou, até mesmo, dos outros herdeiros, o seu quinhão do hereditário acervo deixado pelo falecido.³⁶²

Essa ação destina-se ao reconhecimento da condição jurídica de sucessor universal legítimo daquele que veio a falecer e tem como objetivo que seja definido, judicialmente, o seu *status* para adquirir e reivindicar os bens que integram sua legítima herança. Quando a ação de petição de herança é proposta, o autor possui, como meta, tutelar seu direito de propriedade.³⁶³

A ação de petição de herança poderá ser proposta tanto em face de quem tenha a qualidade de herdeiro quanto contra terceiro que possua bens da herança em seu poder, desprovido de título aquisitivo, sendo apenas o possuidor deles. Essa possibilidade surgiu com a entrada em vigor do CC de 2002 e está presente em seu art. 1.824.³⁶⁴

Ainda se observa que tanto o filho que não foi reconhecido em vida quanto o filho gerado através de técnicas de reprodução assistida *post mortem* poderão ingressar com essa ação, com o objetivo de ter reconhecida sua condição de sucessor e, conseqüentemente, de ter a devolução do acervo da herança dos bens que já tenham sido destinados a outras pessoas.

Tendo em vista que a equalização dos direitos entre os filhos da mesma pessoa é uma busca constante, entende-se que o filho nascido

³⁶¹ GAMA, *op. cit.*, p. 158.

³⁶² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 159.

³⁶³ *Ibidem*, p. 160.

³⁶⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 279.

através de técnica de reprodução assistida *post mortem* precisa, inicialmente, ter sua paternidade e sua maternidade estabelecidas, e, assim irá adquirir o *status* de filiação e, ainda, poderá reivindicar sua herança legítima ou seu quinhão hereditário na legítima.³⁶⁵

Esse procedimento poderá ser realizado através de uma cumulação do pedido de petição de herança com a investigação de paternidade ou maternidade, inclusive com solicitação de concessão de tutela de urgência, para que seu quinhão seja reservado, caso ainda esteja tramitando o inventário judicial.³⁶⁶

Identifica-se que o filho póstumo poderá utilizar a petição de herança para fins de ter reconhecido seu direito à sucessão legítima, a qual foi aberta anteriormente, devido à morte do autor da sucessão. Destaca-se, no entanto, que deverão ser observados os prazos referentes a essa ação, tendo em vista que ela possui o tempo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão.³⁶⁷ Ressalta-se que o prazo referente à petição de herança é baseado na necessidade de garantir segurança jurídica, que deverá existir nas relações civis em geral.

Nesse contexto, o entendimento da autora Heloisa Helena Barboza é no sentido de que, como a filiação gera efeitos tanto pessoais quanto patrimoniais, mesmo que seja reconhecida a igualdade material entre os filhos, não poderá implicar o afastamento do prazo prescricional referente à pretensão da petição de herança.³⁶⁸

A contagem do prazo prescricional, de dez anos da ação de petição de herança, é orientada pela doutrina, e que tenha como início do prazo a data de abertura da sucessão, ou seja, terá início após a morte do autor da herança.³⁶⁹ Considera-se, desse modo, que a lesão ao direito à herança decorreu do momento do

³⁶⁵ GAMA, *op. cit.*, p. 168.

³⁶⁶ GAMA, *loc. cit.*

³⁶⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 169.

³⁶⁸ BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. 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. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327. p. 327.

³⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153. v. 7.

falecimento do autor da sucessão.

No entanto, sobre a contagem do prazo prescricional, deverá ser analisada a situação de que, contra os absolutamente incapazes, não há contagem de prazo, desse modo, também não há contagem de prazo prescricional contra o nascituro.

Conforme a autora Anna de Moraes Salles Beraldo,³⁷⁰ há um “fato obstativo para o início da contagem do prazo, qual seja, a incapacidade absoluta do herdeiro”, o que faz com que o nascituro esteja nesse contexto.

Por isso, relacionando o prazo apresentado com o uso de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, e o embrião venha a ser utilizado já no mês seguinte à morte do autor da herança, além de aguardar o nascimento com vida, deverá ser esperado o decurso do período de 16 anos e, só após esse tempo, será possível a retomada da contagem do prazo prescricional para a ação de petição de herança. Nos demais casos, em que seja analisado o período de prescrição da ação de petição de herança dos filhos póstumos, deverá ser considerado o decurso de prazo de 16 anos, para posterior contagem do prazo.³⁷¹

Como analisado durante o trabalho, existe uma clara omissão normativa a respeito desse tema, na legislação civil brasileira, principalmente em relação à reprodução assistida póstuma que possui presunção legal de paternidade, conforme o art. 1.597 do CC, mas sobre as questões atinentes à sucessão legítima, relacionada a esse herdeiro, o filho póstumo, não foi explícito em nenhum momento no CC.

Verifica-se, desse modo, a existência de questões complexas sob o prisma do Direito das Sucessões relacionadas ao Direito Sucessório dos filhos gerados através de técnicas de reprodução assistida póstuma. Além de não apresentar uma legislação própria sobre a reprodução assistida, também não há um posicionamento dos tribunais brasileiros sobre a sucessão legítima para esses filhos.

³⁷⁰ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 184.

³⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 176.

O que se busca é a conciliação dos diversos interesses envolvidos, e que seja realizada uma revisão sobre a prática de reprodução assistida *post mortem* no Brasil.

Além do mais, o princípio da segurança jurídica é essencial para a confiança no Judiciário e no Estado de Direito, além de ser importante à constituição e ao desenvolvimento dos negócios e dos progressos social e econômico. Desse modo, o Estado deverá buscar o respeito e a aplicação das normas jurídicas da maneira mais previsível possível, para que se tenha conhecimento do conteúdo das normas e dos efeitos decorrentes delas.

Destaca-se que a segurança jurídica traz ordem e estabilidade nas relações do Direito. Ela é importante, para que as pessoas planejem e calculem, no longo prazo, e construam vínculos baseados na estabilidade e na calculabilidade do direito que está em jogo.³⁷² No contexto do Direito Sucessório do filho póstumo também deverá ser observada a segurança jurídica nas relações decorrentes do procedimento.

Por isso, o entendimento defendido por parte da doutrina, que mesmo nos casos de sucessão legítima, seja fixado um prazo pelo legislador, para que o material fecundante, ou o embrião congelado seja utilizado nos casos de reprodução assistida póstuma. Esse raciocínio possui fundamento na necessidade de fixação de um prazo temporal entre a abertura da sucessão e a realização do procedimento.³⁷³

Por fim, a sucessão legítima tem como fundamentos as noções de propriedade e de família, já que são as situações transmitidas pela morte do autor da herança. É necessário analisar os vínculos de família que determinam e estabelecem a ordem de vocação hereditária, assim como, que as soluções se harmonizem com os princípios constitucionais da dignidade e igualdade do herdeiro legítimo, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, assim como do direito à herança dos já nascidos ou nascituros na época da abertura da sucessão, e a segurança jurídica dos terceiros envolvidos devido ao vínculo patrimonial.³⁷⁴

³⁷² BERALDO, *op. cit.*, p. 201.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima** Ad tempus:

Nessa perspectiva, o sistema jurídico, no âmbito do Direito Civil, é caracterizado por inserir valores ético-políticos aos fatos da vida real e cotidiana e por superar o pensamento sistemático em favor do pensamento problemático, o que proporciona novo paradigma para o Direito Civil contemporâneo, diante das novas relações familiares e sucessórias que estão surgindo.³⁷⁵

tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 186.

³⁷⁵ GAMA, *loc. cit.*

5 Considerações finais

As técnicas de reprodução humana assistida tornaram possível que muitos casais realizassem seu sonho de constituir uma família e gerar seus próprios filhos, mesmo que um dos genitores apresentasse algum problema de saúde como infertilidade ou esterilidade. Ainda, através de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, foi possível dar continuidade ao projeto parental realizado em vida pelo casal.

Esse procedimento médico foi introduzido no Brasil antes mesmo que tivesse alguma lei que permitisse que a técnica de reprodução assistida *post mortem* fosse utilizada. As regras para a realização dessa técnica, durante muitos anos, foram geridas apenas pelo CFM, mas, devido à relevância do tema, havia a necessidade de serem incluídas na legislação brasileira.

Desse modo, ocorreu a inclusão, no ordenamento jurídico brasileiro, de se admitir que seja presumido, como filho do casal, aquele que tenha nascido através de técnica de reprodução assistida homóloga, ainda que o marido já tenha falecido. A lei não faz qualquer menção de que o procedimento só seja realizado com a autorização expressa, autorizando o uso, mesmo após a morte de um dos genitores, mas as resoluções do CFM exigem esse documento.

No entanto, ao se verificar os direitos sucessórios desse filho póstumo, é possível observar que a lei apresenta divergências e lacunas sobre quais seriam os direitos dele. Uma vez que, para ser considerado autor da herança, é preciso estar presente no momento da abertura da sucessão, e, no caso do filho nascido através de técnica de reprodução assistida *post mortem* isso não seria possível.

Como as técnicas de reprodução assistida surgiram em decorrência dos avanços nas áreas da biotecnologia e da biomedicina, foram analisadas, inicialmente, questões sobre bioética e biodireito. A bioética surgiu como uma maneira de impor limites aos avanços dessas áreas, e o biodireito, como novo ramo jurídico, que analisa questões referentes aos direitos de quarta-geração.

Também foi apresentado sobre a reprodução humana assistida tanto sobre as suas técnicas quanto sobre sua utilização no Brasil. Já que é constante o aumento da utilização dessas técnicas,

por isso, demonstra-se a necessidade que seja dada continuidade aos projetos de lei que já estão no Congresso Nacional.

Além do que, como pode ser observado através dos dados coletados em relatórios da Anvisa, o armazenamento de materiais genéticos, assim como a fecundação de embriões, estão crescendo a cada ano, o que demonstra a clara necessidade de se ter uma regulamentação específica sobre essas técnicas, para que se tenha segurança acerca dos procedimentos que estão sendo realizados.

Analisou-se, também, especificamente, a reprodução humana assistida *post mortem* no Brasil e o fato de ela ser admitida pelo Direito de Família. Mas as regras principais estão presentes somente nas resoluções do CFM. Verificou-se que a utilização dessa técnica também gera divergências na doutrina ao analisar as consequências que podem afetar os filhos gerados por meio da utilização dessa técnica.

Por fim, foi analisado o Direito Sucessório no Brasil, para que, nesse contexto, fossem identificados quais eram os possíveis direitos sucessórios que o filho gerado através de técnica de reprodução humana *post mortem* poderia ter, ou não, de acordo com a legislação vigente.

Analisou-se que a divergência apresentada pelo CC gera interpretações diferentes pela doutrina, já que parte dela entende que, devido ao princípio de igualdade entre os filhos, presente na CF/88, independentemente do período em que venha a ocorrer o nascimento, ele seria considerado herdeiro legítimo. Já outra parte tem, como entendimento, que, para que ele tenha direito à herança, somente se estivesse no testamento do *de cujus*.

Ou seja, mesmo que a CF/88 garanta igualdade entre os filhos, a redação presente no CC de que, para ser considerado herdeiro, é necessário estar presente quando da abertura da sucessão, diverge da presunção de filiação, que é admitida, inclusive, nos casos de reprodução assistida homóloga, mesmo que o cônjuge já tenha falecido.

Porém, mesmo que a legislação não apresente soluções claras, a doutrina aponta algumas possibilidades, para que o filho nascido através dessa técnica tenha seu direito à herança garantido, e que seja mantida a segurança jurídica dessas relações. A autora Ana Claudia S. Scalquette entende que poderia

ser feita uma analogia com o procedimento que ocorre no caso do ausente, em que a sucessão ocorre de forma gradual e, assim, seriam analisados tanto os direitos do herdeiro presente quanto do filho que ainda irá nascer.

Ademais, outra possibilidade apresentada pela doutrina é a de que o filho pode utilizar a ação de petição de herança para ser habilitado, mas conclui que seria necessária a determinação de um prazo, para que todo esse procedimento ocorra tanto para que o projeto seja realizado quanto para que o filho tenha seu direito garantido.

Contudo, de acordo com o exposto, é necessário que a legislação brasileira regule essas questões, e que isso seja feito de forma interdisciplinar, que inclua a medicina nesse procedimento, para que possam ser compreendidos e mensurados os efeitos dessas técnicas, pois o intuito é que seja garantida a maior segurança possível tanto aos genitores quanto aos filhos gerados através de reprodução assistida póstuma.

Referências

- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ANVISA. 12^o **Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões – SisEmbrio**. 2019. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2019.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPE-DINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320-327.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Efeitos sucessórios da reprodução humana assistida homóloga *post mortem***. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1654. Acesso em: 1^o out. 2019.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação *post mortem***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BERLINGUER, Giovani. **Bioética cotidiana**. Brasília: Editora da UFF, 2004.
- BIANCA, Massimo C. **Diritto Civile**. 4. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005. v. II.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1^o out. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 1^o out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 115/2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Apresentação em 3 de fevereiro de 2015. Autor: Juscelino Rezende Filho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=94550>. Acesso em: 6 out. 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 106**. Disponível em: www.jf.jus.br. Acesso em: 1º out. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil – Enunciados aprovados de n. 138 a 271**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/view>. Acesso em: 8 nov. 2019.

DIAS, Maria Benenice. **Manual das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DURAND, Guy. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei n. 11.698/2008: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima *Ad tempus*: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da**

reprodução assistida póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e saúde: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. v. 2.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus *et al.* **Biotecnologia, biodireito e liberdades individuais: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. Indaiatuba: Foco, 2019. v. 1.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito: novas fronteiras da Ciência Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Altas, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida *post mortem* e o direito sucessório do concebido. Uma interpretação constitucional da legitimidade sucessória a partir do princípio da isonomia. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões**, Porto Alegre, ano 12, v. 20, fev./mar. 2011.

OLIVEIRA, Cheila Aparecida. **A inviolabilidade da vida humana embrionária: para o equilíbrio do Sistema Gaia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OTERO, Paulo. **Direito da vida: relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino**. Coimbra: Almedina, 2004.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

PARANÁ. 13^a Vara Cível de Curitiba. **Autos n. 27862/2010**. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 6 mar. 2012.

- PESSINI, Léo. Os princípios da bioética: breve nota histórica. *In*: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (org.). **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002.
- PESSINI, Léo. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 1997.
- PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga *post mortem***: aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- REICH, Warren T. **Encyclopedia of Bioethics**. 2th ed. New York: MacMillan, 1995. v. 1.
- RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In*: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROCHA, Renata da. **Fundamentos do biodireito**. Salvador: JusPodivm, 2018.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- SCALQUETTE, Ana Claudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*.
- SENADO FEDERAL. Parecer final n. 749, de 1997. Da comissão especial, destinada a examinar o Projeto de Lei da Câmara n. 118, de 1984 (n. 634/1975, na Casa de origem), de iniciativa do Presidente da República, que institui o Código Civil. Relator: Senador Josaphat Marinho. **Diário do Senado Federal**: Suplemento “A” ao n. 208, Brasília, DF, ano 52, 15 nov. 1997. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4530591&disposition=inline>. Acesso em: 7 nov. 2019.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 6. *E-book*.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 6. *E-book*.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília, DF: Consulex, 2006.



A reprodução humana assistida *post mortem* é um avanço proporcionado pelo constante desenvolvimento da medicina e da biotecnologia. Nesse contexto, a bioética e o biodireito impõem limites e respostas a correta utilização desses novos procedimentos. O desejo permanente da sociedade pela procriação e o avanço da medicina nessa área proporcionam, atualmente, que a reprodução humana ocorra sem que haja contato sexual. Além disso, permite que o filho seja gerado, mesmo após a morte de um de seus genitores, através da criopreservação de material genético ou embrião congelado. Essa técnica é denominada de “reprodução humana assistida *post mortem*” e possibilita que seja dada continuidade ao projeto parental estabelecido em vida pelo casal. A técnica é admitida no Direito de Família quando o Código Civil de 2002 presume a filiação daquele havido por reprodução assistida homóloga, mesmo que o cônjuge já tenha falecido. No entanto, ao analisar os direitos sucessórios desse filho, o mesmo código apresenta divergência ao nomear como herdeiros apenas aqueles já nascidos ou concebidos no momento de abertura da sucessão e não vincula o filho póstumo como herdeiro do autor da herança.



ISBN 978-65-5807-015-3



9 786558 107015 31