



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LAIS ALVES VALENTE

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS IMPLANTADOS
POST MORTEM DO DOADOR**

Brasília
2015

LAIS ALVES VALENTE

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS IMPLANTADOS
POST MORTEM DO DOADOR**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas –FAJS do Centro Universitário de Brasília – Uniceub.
Orientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Brasília
2015

LAIS ALVES VALENTE

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS IMPLANTADOS
POST MORTEM DO DOADOR**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas –FAJS do Centro Universitário de Brasília – Uniceub.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Brasília, 09 de abril de 2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos do direito sucessório do embrião fertilizado *in vitro* que se torna excedente após a realização do procedimento de reprodução assistida e vem a ser concebido e nascido após a morte do pai. O trabalho se justifica pela inexistência de legislação específica, bem como pela divergência na literatura jurídica e nos julgados acerca do tema abordado. Discute-se a natureza jurídica deste embrião e os possíveis efeitos sucessórios decorrentes de sua implantação no útero materno após a morte do doador do material genético. Utiliza-se a análise da literatura jurídica do Direito de Sucessão, observando os aspectos referentes à abertura da herança, vocação hereditária, legitimidade dos herdeiros e forma de partilha, bem como análise dos direitos de personalidade. Inclui-se também exame do direito constitucional referente à isonomia entre os filhos, direito à vida e à assistência familiar. É abordada a existência de lacunas no ordenamento jurídico pátrio, bem como as soluções adotadas por diversos países para a situação aqui vislumbrada. Refere-se às possíveis formas de realização da partilha da herança quando existente filho nascido por reprodução assistida após a morte do seu genitor, chegando-se à conclusão de que a ação de petição de herança é a forma jurídica mais adequada a garantir proteção aos direitos sucessórios do filho nascido *post mortem* do doador, bem como dos demais herdeiros. Utiliza-se como metodologia a pesquisa teórica com a exposição, revisão e formulação de teorias a partir da análise da literatura jurídica e de julgados.

Palavras-chave: Direitos sucessórios. Reprodução Assistida. Fertilização *in vitro*. Post mortem. Biodireito. Direito Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIREITO À VIDA.....	9
1.1 O SURGIMENTO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	9
1.2 A CONSERVAÇÃO E O DESCARTE DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO BRASIL	13
1.2 O INÍCIO DA VIDA E SUA INVIOLABILIDADE.....	18
CAPÍTULO 2 – ORDENAMENTO JURÍDICO EMBRIONÁRIO NO BRASIL E EM ALGUNS PAÍSES EUROPEUS	30
2. 1 CASO “AFFAIR PARPALAIX” E O SEU REFLEXO JURÍDICO NO BRASIL E NO MUNDO.....	30
2.2 TRATAMENTO LEGAL DADOS AOS EMBRIÕES NA EUROPA E NO BRASIL	36
CAPÍTULO 3 – DIREITOS SUCESSÓRIOS	46
3.1 CONCEITO DE SUCESSÕES. MOMENTO DA ABERTURA DA HERANÇA.....	46
3.2 DA FILIAÇÃO. DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS	53
3.3 DA LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA.....	57
3.4 DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA.....	62
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

Há tempos atrás, casais inférteis só poderiam exercer seu direito constitucional de instituir uma família através do instituto da adoção. Ocorre que, desde os anos 70, a ciência tem inovado nas técnicas de fertilização *in vitro*, gerando os famosos “bebês de proveta”, possibilitando que as pessoas que até então não tinham expectativa alguma de gerar filhos, pudessem procriar por meio de técnicas avançadas que permitem a criação de embriões extrauterinos¹.

Desde então, as técnicas de reprodução assistida têm sido cada vez mais utilizadas no mundo inteiro, contudo, a ciência tem avançado de forma muito mais célere do que Direito no que concerne as inovações ocorridas no campo da biogenética.²

Ressalta-se que no momento em que há a doação de óvulos, costuma-se fecundá-los de imediato, congelando os embriões formados que serão ou não utilizados *a posteriori*, embriões estes chamados de excedentários.

A manipulação dos embriões advindos da fertilização *in vitro*, enfrenta diversos aspectos jurídicos controversos, de maneira a dividir os juristas quanto à delicadeza da destinação e da existência ou não dos direitos concernentes à estes embriões.

Primeiramente, discute-se neste trabalho se este embrião produzido fora do corpo humano é dotado de personalidade e, portanto, deve ser juridicamente tutelado. Em segundo plano, ressalta-se a divergência quanto aos direitos patrimoniais adquiridos em decorrência da sucessão de seus ascendentes que falecem antes mesmo do nascimento, ou até mesmo da introdução do embrião no útero da genitora.

Ocorre que, não há no ordenamento jurídico pátrio normas positivadas que abrangem o assunto de maneira integral e satisfatória, de modo que há a necessidade de maior interpretação das normas já existentes e de criação

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 19

² *Ibidem*. p. 11

daquelas capazes de regular a existência de direitos para aqueles embriões já fecundados, porém não inseridos no corpo humano feminino.

Esse direito sucessório dos embriões excedentários é o objeto de estudo do presente trabalho, cujo escopo é adequar as normas jurídicas disciplinadoras do direito sucessório às novas formas de reprodução humana, passando pela discussão acerca do início da vida, da existência ou não da proteção de direitos personalíssimos dos embriões excedentários, do tratamento legal dados a estes embriões no Brasil e em alguns países europeus, até chegar aos direitos de sucessão que estes embriões podem vir a ter, caso sejam implantados no útero e nasçam com vida.

Utiliza-se a linha metodológica de sentido jurisprudencial e a linha crítico-metodológica. A primeira configura-se na análise de julgados dos Tribunais Superiores, bem como dos Tribunais de Justiça, referentes aos temas relacionados ao direito à vida, ao início do direito de personalidade, ao descarte arbitrário de embriões criopreservados e à utilização das técnicas de reprodução assistida após a morte do doador. Identificam-se as problemáticas enfrentadas pelos julgadores nos casos concretos comentando seus principais fundamentos jurídicos.

Quanto à linha crítico-metodológica, utilizou-se no trabalho explicações acerca do entendimento da literatura jurídica no âmbito constitucional e civilista, majoritariamente no campo do direito de família e sucessório, utilizando-se a teoria argumentativa, apresentando críticas a alguns entendimentos doutrinários, bem como soluções para algumas lacunas existentes no nosso ordenamento jurídico.

A pesquisa, portanto, foi desenvolvida de maneira teórica, de modo conceitual, destinada a expor, formular e rever teorias adotadas em julgados e na literatura jurídica, cujo escopo é encontrar a melhor solução para o problema levantado no presente trabalho.

Por se tratar de um tema que envolve biodireito e algumas questões médicas e científicas, analisou-se resoluções do Conselho Federal de Medicina, que dão orientações éticas quanto à utilização dos métodos artificiais de procriação e regulamentam algumas práticas adotadas pelas clínicas de reprodução assistida.

O texto foi dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro relacionado à explicação do surgimento e funcionamento das técnicas de reprodução assistida, bem como os aspectos jurídicos atinentes ao surgimento da vida. Em seguida, faz-se uma comparação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o europeu no tocante às legislações que tratam da formação e utilização dos embriões fecundados *in vitro*.

Os capítulos finais referem-se ao conceito de sucessão e sua abertura, bem como ao princípio da igualdade entre os filhos e os consequentes direitos sucessórios do filho nascido por técnicas de reprodução assistida após a morte do pai. Por fim, faz-se a análise de como se fará o inventário e a partilha.

Justifica-se o trabalho pela necessidade de adequação da legislação brasileira à realidade dos filhos havidos por fertilização *in vitro* nascidos após a abertura da sucessão, pois estes não possuem regulamentação positivada, o que não justifica sua exclusão da partilha ou adjudicação da herança deixada pelo seu genitor.

Deste modo, o objetivo do presente trabalho é salientar a necessidade da criação de uma legislação específica relacionada à utilização dos embriões excedentários implantados *post mortem* do doador, inclusive abordando os aspectos referentes aos direitos sucessórios destes, bem como apresentar a solução jurídica mais justa para os casos de nascimento destes embriões, de maneira a garantir seus direitos à sucessão dos bens deixados pelo doador falecido.

Considerando os princípios constitucionais e de direito sucessório, bem como a análise da legislação, dos julgados e da literatura jurídica sobre o tema do presente trabalho entende-se que a solução encontrada que melhor coaduna com o ordenamento jurídico pátrio é o reconhecimento dos direitos sucessórios destes embriões nascidos *post mortem* do doador através do ajuizamento da Ação de Petição de herança, tendo em vista a maior segurança jurídica aos herdeiros.

Chegou-se a esta conclusão após a análise dos pontos negativos e positivos das soluções já apresentadas pela literatura jurídica para a resolução do problema abordado, observando-se todos os aspectos da pesquisa jurídica explanadas a seguir.

CAPÍTULO 1 – REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIREITO À VIDA

1.1 O SURGIMENTO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Há aproximadamente 30 anos atrás, homens e mulheres inférteis eram totalmente impossibilitados de terem filhos providos com o seu material genético, de maneira que a paternidade e maternidade só podiam ser por eles exercidas através da adoção.³

Esta realidade foi modificada em 1978, quando nasceu em Oldham, Inglaterra, Luise Joy Brown, o primeiro bebê de proveta a vir ao mundo por meio das técnicas de reprodução *in vitro*. A sociedade deparou-se então com a incrível descoberta da biotecnologia: a possibilidade de procriação por meios artificiais.⁴

Desde então as técnicas de reprodução assistida têm-se aperfeiçoado e se difundido por todo o mundo. No Brasil, a primeira tentativa bem sucedida de fertilização *in vitro* ocorreu em 1984, com o nascimento da paranaense Anna Paula Caldeira.⁵

As técnicas de reprodução assistida geraram grande impacto social, uma vez que permitiram não só às pessoas inférteis, como também às mulheres mais velhas a possibilidade de gerarem filhos, sonhos até então inexistentes para elas.⁶

Ocorre que, as inovações científicas e sociais avançam de maneira cada vez mais célere, e causam grandes impactos jurídicos, gerando a existência de inúmeras lacunas no ordenamento jurídico pátrio.⁷

Primeiramente, insta explicitar que a causa que leva casais a procurarem clínicas de reprodução humana é a infertilidade, seja do homem ou da mulher. A humanidade sempre teve uma imensa preocupação com a fecundidade,

³ SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. p. 230, dez. 2006, ano 14, esp. ed

⁴ NAKAMURA, Milton; TROUSON, Alan; ALBANO, Aulus M.; WOOD, Carl. *Fertilização in vitro e Microcirurgia Tubária*. São Paulo: Livraria Roca, 1984. p. 17

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 43

⁶ SILVA, op. cit., p. 230

⁷ LEITE, op. cit., p. 11

temendo sempre a esterilidade, que desagregava o grupo familiar e social. Tanto é que as pinturas e as esculturas primitivas sempre exaltavam mulheres grávidas, geradoras de novos seres humanos.⁸

A esterilidade era considerada uma maldição, atribuída às doenças passadas, aos feitiços de bruxas, ou castigo divino. As mulheres estéreis eram consideradas pessoas malditas e eram excluídas do convívio social. Em contrapartida, a fecundidade era exaltada, e a chegada de filhos era sempre vinculada às concepções de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina.⁹

Até então, a esterilidade era atribuída apenas à mulher. Quando um casal não tinha filhos, a mácula da infertilidade era sempre atribuída à figura feminina. Apenas em 1677, através de estudos microscópios concluiu-se que a esterilidade ocorria muitas vezes por ausência de espermatozoides, ou seja, descobriu-se que o homem também podia ser estéril.¹⁰

A partir de tal descoberta, abriram-se novas problemáticas acerca da esterilidade humana, e os estudos acerca dos gametas e da reprodução do ser humano foram se intensificando, sendo a década de 70 o grande marco das procriações artificiais.¹¹

Segundo Testart, biólogo francês que permitiu o nascimento do primeiro bebê de proveta na França, as causas de infertilidade no homem, costumam ser identificadas através de exame de esperma. Em alguns casos, o esperma é desprovido de espermatozoides, em outros a população de gametas ejaculados é muito fraca, porém, na maioria dos casos o esperma é deficiente devido aos defeitos relativos dos gametas (número, forma, mobilidade).¹²

A origem de tais defeitos nos gametas masculinos continua desconhecida, por vezes se atribui à poluição química ou exposição ao calor em

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17

⁹ Ibidem. p. 18

¹⁰ Ibidem. p. 18

¹¹ Ibidem, p. 19

¹² TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Ática, 1998. p. 30-33

certas profissões, porém não há ainda estudos conclusivos acerca das causas que geram a produção de gametas defeituosos.¹³

Já a infertilidade feminina absoluta é comumente ocasionada pela obstrução das trompas de falópio, o que impede o encontro dos óvulos com os espermatozoides. Há também a hipofecundidade feminina, resultante de problemas mecânicos ou hormonais.¹⁴

Informa também o biólogo que as falhas na reprodução de óvulos, no acesso de espermatozoides aos óvulos e na receptação dos óvulos no útero podem levar à infecundidade. Ademais, a alternância entre menstruação, fase do folículo ovulatório e fase do corpo *lúteo* da mulher, torna o sistema feminino mais frágil que o masculino, cujo funcionamento é contínuo. Insta destacar também que a idade influencia muito na fertilidade feminina.¹⁵

Como a reprodução humana sempre foi fator de fundamental importância nas sociedades em geral, sempre houve uma cobrança social para que os casais tivessem filhos. Diante da inserção da mulher no mercado de trabalho, a procriação por vezes fica em segundo plano e a utilização de métodos contraceptivos permite que a mulher escolha o momento em que deseja procriar.¹⁶

Ocorre que, por vezes, chega-se o momento em que o casal decide gerar filhos e descobre que este sonho não pode se realizar por meios naturais, em decorrência da esterilidade de um ou ambos os cônjuges/companheiros/namorados.¹⁷

Surge então, dentro deste contexto, a necessidade de se recorrer às técnicas de reprodução assistida para se concretizar o sonho da procriação. Acerca desta necessidade, preceitua Silva que a própria exigência da sociedade fez com

¹³ TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Ática, 1998. p. 30-33

¹⁴ Ibidem. p. 30-33

¹⁵ Ibidem. p. 30-33

¹⁶ SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. p. 230, dez. 2006, ano 14, esp. ed

¹⁷ Ibidem. p. 232

que surgissem as técnicas de reprodução assistida, as quais existem há décadas e vêm apenas sendo aperfeiçoadas.¹⁸

Neste ínterim surgiram diversificadas técnicas de reprodução humana assistida, as quais podemos destacar a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

A inseminação artificial é explicada por Sgreccia¹⁹ como:

[...] inseminação artificial significa inserir o sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou mediante um cateter, por via transvaginal. [...] Quando o sêmen é do esposo, trata-se de inseminação homóloga; quando ocorre a infertilidade também do esposo, a inseminação é feita com o sêmen de outro homem, e se chama heteróloga.

Quanto ao conceito de fertilização *in vitro*, o mesmo autor assevera que:

Primeiramente, a mulher é submetida à estimulação hormonal maciça, para que produza de uma só vez entre oito e dez óvulos [...] Depois, preservam-se esses óvulos, que não sabemos se são maduros ou sadios, pois foram produzidos forçadamente. Eles são levados para um laboratório numa pequena bacia, que deve conter um líquido semelhante ao que se encontra nas trompas da mulher. [...] no meio da cultura, os óvulos são aproximados dos esperatozóides. Os espermatozoides vêm do banco de sêmen, onde são guardados, congelados, a 190°C abaixo de zero. É importante dizer isso porque o congelamento pode provocar danos. Eles são aquecidos até a temperatura de 37°C que é a temperatura do corpo, e aproximados dos óvulos. Então ocorre a fecundação fora do corpo humano. [...]

Como se vê, ocorre uma produção em massa de óvulos, a fim de evitar o desgaste da mulher para que ela não necessite realizar o procedimento várias vezes, caso as primeiras tentativas de inseminação não deem certo. Todos estes óvulos produzidos forçadamente são fecundados e os embriões formados são congelados. Se a mulher consegue engravidar nas primeiras tentativas, os demais

¹⁸ SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. p. 230, dez. 2006, ano 14, esp. ed

¹⁹ SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011. p. 184

embriões tornam-se excedentes e recebem a denominação de “embriões excedentários”.²⁰

1.2 A CONSERVAÇÃO E O DESCARTE DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NO BRASIL

O Código Civil não define a partir de que momento se considera um embrião, todavia a Resolução 1.957/2010²¹ do Conselho Federal de Medicina, informa que a comunidade médica distingue o embrião do pré embrião. O primeiro é aquele desenvolvido até quatorze dias após a fecundação e o segundo pressupõe-se existente a partir desta data.

Com o fim de levantar dados referentes ao número de embriões criopreservados, atualizar informações quanto a doação destes embriões para fins de pesquisas de células tronco embrionárias, divulgar informações relacionadas à produção de células e tecidos germinativos e noticiar os indicadores de qualidade dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos, a Anvisa (Agência de Vigilância Sanitária) criou em 2008 o SisEmbrio (Sistema Nacional de Produção de embriões).²²

Conforme relatório elaborado pela SisEmbrio, até 27/03/2014, foram realizadas 52.690 (cinquenta e dois mil e seiscentos e noventa) transferências de embriões para as pacientes que realizaram técnicas de fertilização *in vitro* no Brasil e descartados 32.585 (trinta e dois mil e quinhentos e oitenta e cinco) embriões.

No Brasil, ao contrário do que ocorre na Europa, não há limite para a criação de embriões excedentários. Deste modo, as 93 clínicas de reprodução assistida aqui presentes produzem centenas de embriões excedentes que na

²⁰ SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011. p. 184

²¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 19.57 de 6 de jan. 2011*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

²² AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. 7 SisEmbrio: Relatório do sistema nacional de produção de embriões. Brasília, 16 de jun. 2014. p. 2-3. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/b3df8a00449b6eb485a4851624d7ec81/7_relatorio.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 17 mar. 2015

maioria das vezes não são mais utilizados pelos seus doadores, conforme se verificou no relatório acima mencionado.²³

O único limite estabelecido no país é o da quantidade de número máximo de embriões transferidos para a genitora. Segundo o item 6 do Capítulo 1 da resolução CFM nº 2.013/2013²⁴ do Conselho Federal de Medicina, este número não pode ser superior a 4 (quatro), recomendando-se o número ideal de embriões recebidos de acordo com a idade da genitora. Quando o óvulo for doado por terceira, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

Assim sendo, quando há formação de embriões em número superior à 4 (quatro), todos os demais serão criopreservados, ou seja, congelados, sem que haja certeza se serão ou não utilizados ou descartados futuramente.²⁵

Destaca-se também, o disposto no Capítulo V, item 4 da referida Resolução no que diz respeito ao descarte dos embriões. Assevera o presente item que: “Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.” (grifo nosso)

Percebe-se que o descarte após os cinco anos somente poderá ocorrer em caso de declaração de vontade dos pacientes. Por vezes, o casal obtém êxito na fertilização do primeiro embrião, todavia, deseja manter os excedentes guardados para posterior utilização.²⁶

O descarte do material genético sem o consentimento do casal é capaz de ensejar compensação por danos morais, conforme se verifica no julgado abaixo:

²³ DUFNER, Samanta Khoury Crepaldi. Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem e a Colisão da Dignidade Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 22. v. 86, p. 151, jan/mar.2014.

²⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.013/2013 de 9 de maio.2013*. Disponível em : <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015

²⁵ SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011. p. 184

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação de Indenização por danos morais. Apelação Cível nº 2126606720088260000 SP 0212660-67.2008.8.26.0000*. 3ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 07 ago. 2012. Data de Publicação: 07 ago. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6081638&cdForo=0&vIcCaptcha=wwrid>>. Acesso em: 20 mar. 2015

DANOS MORAIS – Pleito de indenização pela perda/descarte de pré-embriões criopreservados em Hospital Público – Descarte ou perda, sem o consentimento do casal, que pretendia ter outro filho, por inseminação *in vitro* – Documentos e informações técnicas a revelar que a criopreservação realmente aconteceu, mas não de quatro pré-embriões, mas de dois pré-embriões, uma vez que estavam no estágio de desenvolvimento (blastocisto inicial) próprio para o congelamento – Prova testemunhal que não infirmou os documentos apresentados – Valor pleiteado, no entanto, que ora é reduzido a R\$20.000,00 (vinte mil reais – Sentença de improcedência reformada - Recurso parcialmente provido.²⁷

Na referida demanda, um casal havia realizado o procedimento para fertilização *in vitro* em um hospital público. A fertilização foi bem sucedida e gerou um filho sadio. Dois anos depois, o casal ao hospital a fim de realizar novamente o procedimento, tendo em vista que havia deixado embriões criopreservados.

No momento em que foi assinada a autorização para a criopreservação dos embriões, o casal foi informado que estes ficariam congelados por no máximo 5 (cinco) anos. Os Autores, respeitando o limite temporal estabelecido em contrato, voltaram ao hospital apenas 2 (dois) anos após a realização do procedimento, todavia, o hospital havia descumprido o contrato assinado pelas partes descartando o material genético sem autorização dos doadores.

Os julgadores entenderam que houve responsabilidade civil do hospital pelo descumprimento do termo de autorização da criopreservação, razão pela qual acolheu o pedido autoral. Esta responsabilidade civil, a que se referem os julgadores, corresponde a um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação da *obrigação*, que é um dever jurídico originário.²⁸

O hospital, ao se comprometer a prestar serviços profissionais aos Autores, assumiu uma obrigação, um dever jurídico originário. O descumprimento da obrigação fez surgir a responsabilidade, caracterizada no dever de compor o prejuízo causado pelo descarte não autorizado dos embriões.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação de Indenização por danos morais*. Apelação Cível nº 2126606720088260000 SP 0212660-67.2008.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Público. Data de Julgamento: 07 ago. 2012. Data de Publicação: 07 ago. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6081638&cdForo=0&v1Captcha=wwrid>>. Acesso em: 20 mar. 2015

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 14

Insta destacar que o hospital público fornece serviço no mercado de consumo e enquadra-se no conceito de fornecedor de produtos e serviços elencados no artigo 3º da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)²⁹. Deste modo, responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores, em conformidade com o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.³⁰

Conforme dispõe o *caput* do artigo supracitado, o fornecedor de produtos ou serviços, responde independente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores. Logo, no caso em análise, necessário se fez comprovar apenas a existência do dano moral causado pelo descarte dos embriões e o nexo de causalidade entre este e o serviço fornecido pela clínica, qual seja, o de criopreservação e guarda dos embriões excedentários.

O dano moral caracteriza-se pela violação dos direitos de personalidade que causa dor, vexame, sofrimento ou humilhação, interferindo intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar.³¹

Cavaliere Filho classifica os direitos de personalidade em dois grupos: (i) direito à integridade física, que compreende os direitos à vida, à saúde, ao próprio corpo; e (ii) direito à integridade moral, que engloba os direitos à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, entre outros.³²

Verifica-se no julgado em análise que o descarte dos embriões sem autorização causou dor e angústia aos doadores dos gametas, tendo em vista que o casal possuía dificuldades para procriar, realizou o procedimento de fertilização *in vitro* que causa grande desconforto para a mulher, e teve seus embriões, que seriam utilizados para nova concepção, arbitrariamente descartados, sem autorização para tal descarte.

O ato realizado pelo hospital violou o direito à liberdade do casal, em escolher ter outro filho ou não, escolher descartar seus embriões, ou não. Ademais,

²⁹ BRASIL. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 218-219

³¹ *Ibidem*. p. 111

³² *Ibidem*. p. 106

violou-se também o direito à saúde da mulher, que caso queira gerar outro filho precisará passar novamente por todo o procedimento de fertilização, que gera um risco, ainda que remoto, à sua saúde.

Caracterizado o dano moral sofrido pelo casal bem como o nexo causal entre este e o serviço prestado pelo hospital, surge a obrigação de compensar. A indenização compreende a compensação pecuniária devida àqueles que sofreram o dano. Esta tem como objetivo compensar o dano causado à vítima, bem como punir a conduta do ofensor, quando esta for particularmente reprovável, obedecendo sempre os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, a fim de evitar o enriquecimento ilícito do ofendido.³³

Analisando o caso, percebe-se, portanto, que o consentimento dos doadores é necessário tanto para a criopreservação do embrião quanto para seu descarte. Solução diversa ao descarte é a doação de embriões para outro casal ou para pesquisas científicas, em conformidade com o disposto na Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).³⁴

O artigo 5º da referida lei foi objeto de proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF e assim dispõe:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. 2014. p. 125, 155

³⁴ BRASIL. *Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Dispõe sobre a política nacional de Biossegurança. Brasília, 2005. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 23 mar. 2015

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, analisada no capítulo seguinte, proposta pelo Procurador Geral da República alegava ser inconstitucional a redação do artigo 5º por violar o direito à vida.

Antes de analisar a constitucionalidade do referido artigo, necessário delimitarmos o conceito jurídico de “vida” e a partir de que momento esta é inviolável, através das principais correntes que a conceituam, expostas no capítulo seguinte.

1.2 O INÍCIO DA VIDA E SUA INVIOABILIDADE

Dispõe o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (grifo nosso)

Percebe-se que o direito à vida é conferido pela Constituição Federal não só aos brasileiros mas a qualquer indivíduo que esteja em território nacional, tendo portanto a Constituição Federal de 1988 instituído tal direito como direito humano fundamental.³⁵

Para tanto, indaga-se: quando se inicia a vida? A partir de que momento a inviolabilidade à vida é assegurada?

Tal questionamento há anos é motivo de controvérsia entre juristas, cientistas, religiosos e filósofos. Com o avanço da Biotecnologia intensificou-se o debate a fim de descobrir o melhor posicionamento referente aos direitos do embrião, seja ele concebido *in vivo* ou *in vitro*.³⁶

³⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1068-1069

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 278

Inexiste consenso quanto ao início da vida, todavia, inúmeras são as correntes que tratam do assunto. Destaquemos, portanto as mais utilizadas: teoria concepcionista e teoria desenvolvimentalista.³⁷

A corrente concepcionista, conforme alega Silva é aquela que entende que “a vida inicia-se desde a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo com o espermatozoide, pois a partir daí, já se tem um ser com material genético próprio, com individualidade humana autônoma”.³⁸

Para Meirelles o começo da vida de cada indivíduo ocorre com a fecundação do óvulo humano, momento a partir do qual o “indivíduo” distingue-se daqueles que contribuíram biologicamente para sua formação, dotando-se, portanto, de código genético próprio, o que conduz a corrente concepcionista a sustentar que a concepção é o marco para a formação do embrião humano.³⁹

Tal corrente é a adotada pela Igreja Católica, que sustenta ser a vida humana inviolável desde a concepção, motivo pelo qual condena, por exemplo, o aborto.⁴⁰

Tendo como marco inicial da vida a concepção, os concepcionistas consideram os embriões *in vitro* seres humanos, passíveis de proteção estatal quanto ao direito à vida. Deste modo, não poderiam ser os embriões excedentários descartados ou utilizados em pesquisas.⁴¹

Em contraposição à corrente concepcionista, têm-se a corrente desenvolvimentista, que afirma que a fecundação não é suficiente para estabelecer o início da vida, necessitando, portanto, que o ser humano atinja um certo grau de desenvolvimento.⁴² De acordo com esta corrente, a vida se inicia com algum traço

³⁷ SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. p. 30, dez. 2006, ano 14, esp. ed

³⁸ Ibidem. p. 30

³⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 91

⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199. p. 73-89

⁴¹ MEIRELLES, op. cit., p. 30

⁴² FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções fetais : uma visão bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Orgs). *Novos temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003. p.30-31

morfológico ou evolutivo do embrião ou em um determinado momento da gestação em um dos oito estágios de evolução do embrião.⁴³

A problemática enfrentada pelos adeptos desta corrente é que não há um consenso acerca de em qual dos oito estágios o concebido se torna pessoa. Há quem defenda que o termo inicial da vida se dá com a nidação (momento em que o embrião se une à parede do útero), outros alegam que a vida se inicia após a formação nervosa do embrião, outros defendem que é apenas após a fase fetal. Enfim, muito se discute, mas nada se define no âmbito da teoria desenvolvimentista.⁴⁴

O direito à vida constitui direito fundamental, portanto cláusula pétrea em nossa Constituição Federal de 1988⁴⁵. Direitos fundamentais são faculdades e instituições que em conjunto concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade entre os homens, de modo a serem reconhecidas e consagradas na lei. Os direitos humanos fundamentais, possuem relação direta com a garantia de não interferência do Estado no âmbito individual, valorizando a dignidade humana reconhecida mundialmente pela maior parte dos Estados.⁴⁶

Os direitos humanos fundamentais são reconhecidos tanto no texto constitucional quanto nos textos infraconstitucionais, além de estarem presentes nos tratados e convenções internacionais. Eles possuem como características a imprescritibilidade, a universalidade, a efetividade, a interdependência e a complementaridade.⁴⁷

Sabe-se que o direito à vida, não é um direito absoluto, comportando exceções constitucionais e infraconstitucionais. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, proíbe a pena de morte, salvo em casos de guerra declarada, exceção que permite a violação da vida alheia⁴⁸. Comporta também exceção à regra de

⁴³ SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. p. 32, dez. 2006, ano 14, esp. ed

⁴⁴ Ibidem. p. 32

⁴⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1068

⁴⁶ GUEDES, Jefferson Carus. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual,, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172

⁴⁷ Ibidem. p. 172

⁴⁸ LENZA, op. cit., p. 1068

inviolabilidade da vida humana a exclusão de ilicitude nos casos de morte por legítima defesa, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal.

O direito à vida, assim como os demais direitos, são conferidos à toda “pessoa”, em concordância com a redação do art. 1º do Código Civil de 2002: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Inicialmente, insta esclarecer o conceito de “pessoa” na redação do referido artigo.

Gonçalves citando Maria Helena Diniz afirma que “Pessoa natural é o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações”. Por fim, completa que “para qualquer pessoa ser assim designada, basta nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade”.⁴⁹

Dispõe o art. 29, VI da Resolução n. 1/88 do Conselho Nacional de Saúde que o nascimento com vida “é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”.⁵⁰

Ou seja, para que um bebê seja considerado nascido com vida, é preciso que este tenha respirado e apresentado batimentos cardíacos quando expulso do ventre da genitora. Caso contrário, a criança é considerada natimorta. Tal conceito de nascimento com vida é utilizado para conferir a partir de que momento inicia-se a capacidade civil do indivíduo, e não a partir de que momento o direito à vida é garantido aos seres humanos.

O art. 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 assevera que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Diniz exemplifica como direitos do nascituro: o direito à vida, à filiação, à integridade física, à honra, e à imagem, a alimentos, a uma adequada assistência pré natal, à representação, a um curador que o represente e zele pelos seus interesses em caso de incapacidade ou impossibilidade de seus genitores de

⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução 1/88 de 14 de jan. 1987*. Disponível em : <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/resolucoes.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

receber herança, a ser contemplado por doação, a ser adotado, a ser reconhecido como filho, a ter legitimidade ativa na investigação de paternidade, etc.⁵¹

Ademais, a autora assevera que o nascituro e o embrião fertilizado *in vitro*, possuem personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos de personalidade, visto que possuem carga genética desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, e passam a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, somente caso nasçam com vida.⁵²

Acerca da situação jurídica do nascituro, tem-se três teorias que a explicam: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.⁵³

Os adeptos da corrente natalista defendem que a personalidade surge apenas com o nascimento com vida. Fundamentam tal posicionamento pela interpretação literal do art. 2º do Código Civil, entretanto entendem que o nascituro recebe proteção legal.⁵⁴

Pontes de Miranda ensina que no útero, a criança não é pessoa. Se não nascer viva, tem-se que esta nunca adquiriu direitos e nunca foi sujeito de direito, todavia, entre a concepção e o nascimento, o indivíduo acha-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou execução lhe deveria ter tido.⁵⁵

Assevera o autor que a personalidade começa quando o nascimento se consuma, bastando que a criança tenha nascido com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar a viver não é exigível. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, mas este morreu pouco tempo após o nascimento, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu.⁵⁶

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 201, v.1. p. 223

⁵² *Ibidem*, p. 223

⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 282

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 134, T. 1

⁵⁵ *Ibidem*. p. 135

⁵⁶ *Ibidem*. p. 135

Essa teoria defende, portanto, que o sistema jurídico não concedeu direitos ao nascituro, diferenciando-os das pessoas, todavia resguardam seus direitos, que encontram-se em uma situação de pendência, que só se perfaz com o nascimento com vida.⁵⁷

Ademais, argumentam os natalistas que o próprio Código enumerou os direitos do nascituro, diferenciando-o portanto das pessoas. Se pessoas fossem, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos, sem haver necessidade de declinação legal.⁵⁸

Em posicionamento contrário, tem-se a teoria concepcionista. De acordo com esta teoria, conforme aqui já salientado, a vida se inicia com a concepção, o que também se estende à personalidade. Para os concepcionistas, desde a concepção o conceito possui personalidade jurídica.⁵⁹

Os concepcionistas defendem que o Código Civil permite o reconhecimento do filho antes deste nascer, designa curador ao nascituro, permite doação ao nascituro e ainda o legitima a suceder. Deste modo, se apenas possui titularidade dos direitos quem tem personalidade, em detrimento dos direitos assegurados ao nascituro pelo Código Civil este é pessoa, e possui personalidade jurídica. Assim disposto, tem-se que, para a corrente concepcionista, se o nascituro é pessoa, desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, tem este o direito de viver.⁶⁰

Por fim, tem-se a teoria da personalidade condicional. Para seus adeptos, destaca-se Clóvis Bevilacqua, a personalidade se dá com a concepção, entretanto com a condição de o bebê nascer com vida. Assim sendo, ao nascer com vida, o reconhecimento do nascido retroage ao momento da concepção.⁶¹

Flores entende que a esta teoria deriva tanto da teoria concepcionista quanto da natalista. Para o jurista, muitos daqueles que sustentam

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 134, T. 1

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 1. p. 184

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 283

⁶⁰ *Ibidem*. p. 283

⁶¹ LEITE. Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 385

ser o nascituro, desde a concepção, pessoa e, portanto, detentor de personalidade jurídica, desenvolveram a teoria de que esta personalidade que adquire, desde a concepção e, igualmente os possíveis direitos que viesse a adquirir seriam, na verdade, condicionados ao nascimento, quando somente então se consolidariam, e se, ao revés, o nascimento não se viesse a realizar, ou se, não sobrevivesse, por um momento sequer, seria como se nunca tivesse existido, nem a personalidade, nem seus possíveis direitos.⁶²

Neste ínterim, conclui-se que a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, de acordo com o entendimento doutrinário majoritário, bem como a interpretação lógica e gramatical do art. 2º, é a teoria natalista, fixando o início da personalidade no momento do nascimento com vida.

Corroborando com este entendimento, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54/DF⁶³ que julgou procedente a ação para declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal (abortos provocados pela gestante ou por terceiros).

O ministro Marco Aurélio assevera que inexiste hierarquia do direito à vida quanto aos demais direitos. Além de afirmar que este não é um direito absoluto, alega que a proteção a ele conferida comporta diversas gradações, bastando observar que a pena cominada ao crime de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos) é inferior à pena cominada para o crime de homicídio (de seis a vinte anos), revelando, portanto, que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento humano.

Ademais, afirma o Ministro que a Constituição Federal não dispõe sobre o início da vida, e a trata como própria de uma concreta pessoa humana,

⁶² FLORES, Paulo R. M. Thompson. *Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens, e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 215

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54*. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12 abr. 2012. Data de publicação: 30 de abr. 2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 02 abr. 2015

nativa, tendo em vista a adoção da teoria natalista, em contraposição às teorias concepcionista e da personalidade condicional.

Entendimento diverso adotou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp nº 1.415.727/SC⁶⁴. O recurso especial foi interposto em face do acórdão proferido que afirmou que a Autora não fazia jus à indenização do seguro DPVAT em razão do aborto sofrido em um acidente de trânsito, pois afirmaram os julgadores que o artigo 2º do Código Civil adotou a teoria condicionista, condicionando os direitos patrimoniais ao nascimento com vida.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça alegou que ao contrário do que afirma o artigo 2º do Código Civil – condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento – o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa.

Alegam os julgadores que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos, tanto que o nascituro pode receber doação, herança, alimentos gravídicos. Ademais, o crime de aborto encontra-se alocado no Código Penal sob o título “dos crimes contra a pessoa” e no capítulo “dos crimes contra a vida”.

Entenderam os Ministros que as teorias restritivas, quais sejam a natalista e da personalidade condicional foram superadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, porém, caso adotadas, deve-se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante.

Deste modo, o Recurso Especial foi provido e a Recorrida condenada a pagar indenização referente ao seguro DPVAT à Recorrente, tendo em vista que o artigo 3º da Lei 6.194/64 (dispõe sobre o seguro obrigatório de danos

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.415.727*. Quarta Turma. Data de julgamento: 04 set. 2014. Data de publicação: 29 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38476255&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 04 abr. 2015

pessoais causados por acidentes de trânsito) garante indenização por morte e o aborto é a morte do nascituro.

Depreende-se do julgado que a Quarta Turma inclinou-se para adoção da teoria concepcionista, conferindo a condição de pessoa, detentora de direitos a partir da concepção e não do nascimento com vida. Tal entendimento não parece coadunar com o disposto no artigo 2º do Código Civil.

Classificar o nascituro como pessoa, equiparando-o aos demais seres humanos já nascidos significa desconsiderar a proteção jurídica diferenciada a ele conferida. Conforme dispõe no julgamento do Recurso Especial, existem leis infraconstitucionais que tratam dos direitos do nascituro de maneira diferenciada aos direitos da pessoa nascida.

Nem mesmo o direito à vida do nascituro equipara-se ao direito à vida daqueles que já nasceram, pois o nosso Código Penal comina uma pena muito maior ao crime de homicídio do que ao crime de aborto, conforme salientado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal. Logo, percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio faz distinção entre o ser humano em vida intra e extra uterina.

Deste modo, não há como interpretar o artigo 2º do Código Civil à luz da teoria concepcionista, como faz crer o julgado do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que não serão concedidos direitos ao ser nascido morto, pois imprescindível que a criança nasça viva para exercê-los.

Diante dos conceitos identificados na literatura jurídica e nos julgados analisados acerca da conceituação de pessoa e nascituro, indaga-se: o embrião *in vitro* é portanto considerado nascituro?

O Enunciado 2º da I Jornada de Direito Civil⁶⁵ estabeleceu: “Sem prejuízo dos direitos de personalidade, nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de estatuto próprio”.

⁶⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/jornada/article/viewFile/2604/2683>>. Acesso em: 22 mar. 2015

Pois bem, como inexistente estatuto próprio, necessário se faz preencher as lacunas jurídicas emergentes da atual situação da biogenética brasileira. Deste modo, surgiram-se teorias a fim de delimitar a natureza jurídica do embrião humano.

Há quem defenda, inclui-se aqui a Igreja Católica, que o embrião humano tem a mesma natureza e dignidade da pessoa humana, devendo ser a ele conferido a mesma proteção jurídica dada aos já nascidos. Condena-se deste modo a disponibilidade do embrião.⁶⁶

De acordo com esta corrente, não poderiam, por exemplo, os embriões excedentários ser utilizados em pesquisas. O direito destes embriões preterem ao direito de seus familiares ou da coletividade⁶⁷. Tal corrente possui posicionamento muito radical uma vez que não permite aos embriões excedentes nenhuma destinação diversa à implantação no útero materno.

Em posicionamento totalmente contrário ao anterior apresentado, tem-se uma teoria que considera o embrião como apenas um amotoado de células. Não há deste modo, reconhecimento de proteção jurídica alguma ao concebido, tendo este total disponibilidade, sendo utilizado para qualquer fim. O maior problema apresentado pela corrente supracitada é a “coisificação” do embrião. Esta teoria é muito difundida por cientistas que defendem a utilização de embriões em pesquisas.⁶⁸

Percebe-se que as duas correntes possuem posicionamentos antagônicos e radicais, uma vez que a primeira não permite mitigação ao direito à vida que deve ser assegurado desde a concepção e a segunda não confere proteção jurídica alguma ao ser embrionário. Em face das correntes apresentadas, surgiu uma terceira corrente que trata o embrião como pessoa em potencial. Tal

⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 71-89

⁶⁷ Ibidem. p. 71-89

⁶⁸ MANTOVANI, Fernando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, PUC Minas, 2002.

teoria não trata o embrião humano como pessoa mas também não lhe nega essa potencialidade.⁶⁹

Assim sendo, não se coloca o embrião humano totalmente à disposição da ciência mas também não proíbe qualquer tipo de intervenção que nele possa ocorrer. Logo, o embrião humano possui menos proteção do que uma pessoa e mais do que um amontoado de células.⁷⁰

Reconhecendo-se o embrião humano concebido *in vitro* como pessoa dotada de proteção à vida, indaga-se: de que forma se daria esta proteção? Ele teria direito a não ser doado nem utilizado em pesquisa, mas o que se fará com ele caso seus doadores não desejem mais implantá-lo no útero materno e não haja para quem doar?

Venosa acredita que não devemos atribuir direitos aos embriões obtidos por técnicas artificiais de reprodução, antes da sua introdução no útero da mulher receptora, pois apenas a partir deste momento que se em um nascituro, com direitos definidos em lei.⁷¹

Conclui-se, portanto, que a concepção ocorre quando o embrião é implantado no útero materno, ainda que sua manipulação tenha ocorrido em laboratório. A partir deste instante, incide o disposto no art. 2º do Código Civil.⁷²

Entender de maneira diversa, de que a concepção ocorre no momento de penetração do espermatozoide no óvulo, é insustentável, tendo em vista a possibilidade de armazenamento e descarte de embriões havidos artificialmente que não serão aproveitados por falta de interesse ulterior do casal em ter outros filhos.⁷³

Insta destacar que não existe o dever do casal fazer a tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos fecundados, de modo que, quando houver embriões excedentários, estes devem seguir a destinação dada pelo art. 5º

⁶⁹ SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília. p. 232, dez. 2006, ano 14, esp. ed

⁷⁰ Ibidem, p. 232

⁷¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1. p.110

⁷² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222

⁷³ Ibidem. p. 222

da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), todavia, caso os embriões excedentários venham a ser implantados no útero a eles deve ser dada toda a proteção jurídica conferida aos nascituros provenientes de fertilização *in vivo*.⁷⁴

Antes mesmo de analisar a proteção jurídica destes embriões que podem vir a ser introduzidos no corpo da mulher após a morte do homem doador, é preciso observar se o nosso ordenamento jurídico permite a utilização desta técnica. Essa discussão iniciou-se no mundo todo em 1984 com o caso francês “Affair Parpalax”, analisado a seguir.

⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 222

CAPÍTULO 2 – ORDENAMENTO JURÍDICO EMBRIONÁRIO NO BRASIL E EM ALGUNS PAÍSES EUROPEUS

2. 1 CASO “AFFAIR PARPALAIX” E O SEU REFLEXO JURÍDICO NO BRASIL E NO MUNDO

Afirma Leite que a discussão acerca da utilização de embriões criopreservados *post mortem* do doador originou-se na França em 1984, no caso conhecido mundialmente como “Affair Parpalaix”.⁷⁵

O jovem casal francês formado por Corine Richard e Alain Parpalaix mantinha um relacionamento amoroso e algum tempo depois do início do namoro Alain descobriu que tinha câncer nos testículos e que a doença era incurável. Alain tinha o desejo de ser pai, todavia, sabia que a doença e o tratamento da quimioterapia fatalmente o deixariam estéril. Deste modo, o rapaz procurou um banco de sêmen e lá deixou seu esperma para uso futuro.

O quadro clínico de Alain piorou drasticamente e os jovens resolveram se casar, vindo o esposo a falecer apenas 2 dias após a cerimônia de casamento. Pretendendo atender o desejo do falecido esposo de ter filhos, Corine procurou o banco de sêmen e solicitou a submissão à inseminação artificial. Ocorre que, o banco de sêmen negou o pedido de Corine sob a alegação de inexistência de previsão legal para realização do procedimento. Após a recusa, a viúva ajuizou ação judicial objetivando a entrega do material genético do falecido marido.

Corine alegava a existência de um contrato de depósito que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma, já o banco de sêmen, por sua vez, afirmava que não havia um pacto de entrega, uma vez que o material de pessoa morta não é comerciável e que na França não havia lei autorizadora da inseminação artificial *post mortem*.

Findo o processo, o tribunal francês determinou que o banco de sêmen entregasse o material genético ao médico designado pela viúva, sob pena de multa, todavia, com a demora na via judicial, a inseminação artificial não prosperou,

⁷⁵ LEITE. Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 232

tendo em vista que os espermatozoides já não estavam mais aptos a concluir a fecundação.

O caso “Afair Parpalax” foi considerado um marco internacional histórico e a partir dele vários países começaram a discutir sobre o destino do material coletado para a inseminação artificial, em especial após a morte do doador.⁷⁶

Ao analisar as disposições do Tribunal Francês, sob a ótica do Código Civil de 1916, Leite entendeu que as regras definidas no artigo 1.915 do Código Civil de 1916, que tratam do contrato de depósito não poderiam se aplicar à presente espécie, pois o material genético não se equipara à “coisa” comercializada, tendo em vista ser o sêmen uma secreção contendo gene da vida destinado à procriação de um ser humano.⁷⁷

O acordo estabelecido entre Alain e o Banco de Sêmen, todavia, não poderia se submeter às normas da lei 22.12.1976, referente ao regime jurídico de doação de órgãos, tendo em vista a diferença da natureza entre o esperma e os órgãos do corpo humano.⁷⁸

Deste modo, concluiu o autor que, ao que tudo indica o contrato específico firmado entre a Alain e o Banco de Sêmen comporta a obrigação de conservação e restituição ao doador, ou entrega a quem era destinado.⁷⁹

Sobre a licitude desse contrato informa que nem as condições de conservação ou de devolução do esperma de um doador falecido, nem a inseminação do cônjuge viúvo são proibidas ou previstas por um texto legislativo. Ademais, tal prática não se choca com o direito natural, pois um dos fins do casamento, à época, era a procriação. Deste modo, entende que o conjunto dessas considerações conduziu o Tribunal francês a acolher o pedido.⁸⁰

Percebe-se que as conclusões realizadas pelo autor em 1995, portanto antes do advento do Código Civil de 2002, aplicam-se até os dias atuais,

⁷⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 232-237

⁷⁷ Ibidem. p. 232

⁷⁸ Ibidem. p. 233-234

⁷⁹ Ibidem. p. 233-235

⁸⁰ Ibidem. p. 233-234

principalmente no que se refere à inexistência de leis que regulamentam a criopreservação de embriões e a sua utilização *post mortem* do doador.

Caso semelhante ao “Affair Parpalaix” ocorreu no Distrito Federal, em 2008, cujo processo ainda tramita em segredo de justiça na 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

N. H. B. G. e Espólio de A. A. R ajuizaram Ação Declaratória Constitutiva em desfavor de S. B. I. B. H. A. E., objetivando o reconhecimento do direito à remoção e utilização do sêmen armazenado pela empresa ré, para fins de reprodução assistida. A autora N. H. B. G. havia convivido em união estável por 14 (quatorze) anos com A. A. R. O casal, neste período, manifestou o desejo de ter um filho, tendo A. A. R. revertido com sucesso uma vasectomia.

Em razão de ser portador de neoplasia maligna, A. A. R firmou com a empresa Ré contrato para coleta e armazenagem de sêmen, em virtude da agressividade do tratamento a que seria submetido. Nada obstante o tratamento realizado, A. A. R. veio a óbito em agosto de 2007. Em novembro de 2007, a empresa Ré informou que o banco de sêmen seria desativado e que deveria ser providenciada a remoção do material para outra empresa.

Ocorre que, a Ré se recusou a entregar o material genético colhido, sob o argumento de que não havia autorização do *de cuius* para este fim, circunstância que tornou obrigatória a propositura da ação judicial. Em primeira instância foram acolhidos os pedidos autorais, todavia, em sede de apelação, a sentença fora reformada, conforme se verifica na ementa colacionada abaixo.

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL
 GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM
 AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO
 NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO
 NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE
 DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA -
 IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO
 DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
 HOMÓLOGA POST MORTEM.
 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do
 cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.
 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a
 companheira e os demais herdeiros do de cuius em ação de
 inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito
 sucessório, vencido o Desembargador Revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
4. Recurso conhecido e provido.⁸¹

O recurso de Apelação interposto pela Ré, gerou importante debate acerca da inexistência de legislação específica aplicada ao tema, sendo o acórdão obtido por maioria, tendo em vista que a relatora Nídia Correia Lima, foi voto vencido.

No entendimento da Relatora, o falecido companheiro expressou tacitamente seu desejo de ter filhos, tendo em vista que reverteu uma vasectomia e congelou seu sêmen, com o nítido intuito de procriar. Afirma a Desembargadora que a inexistência do documento de autorização expressa ocorreu por culpa da Ré, que não informou o paciente da necessidade de autorização por escrito para utilização *post mortem* do seu material genético.

Com entendimento contrário acordaram o Revisor e o Presidente Vogal. Para ambos, ainda que não exista legislação específica ao tema, não se pode presumir a vontade do falecido de ter um filho após seu óbito. Alegaram que havia cláusula no contrato assinado entre A. A. R. e a clínica, que previa a necessidade de autorização expressa para utilização do material genético após a morte do doador, todavia, não existe documento apartado que comprove a vontade do falecido em gerar filhos após seu óbito.

Segundo os Desembargadores, a Resolução do Conselho de Medicina quanto à necessidade de autorização expressa do doador deve ser observada. Deste modo, após longo debate, deram provimento à Apelação interposta pela Ré, reformando a sentença anteriormente proferida e julgando improcedentes os pedidos autorais.

⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Ação Declaratória*. Apelação Cível 20080111493002. 3ª Turma Cível. Relatora: NÍDIA CORRÊA LIM. Data de Julgamento: 03 set. 2014, Publicado no DJE: 23 set. 2014. Pág.: 139. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgj1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 19 mar. 2015

Da decisão colegiada, os Autores interpuseram Embargos Infringentes, que ainda não foram julgados pela 1ª Câmara Cível, portanto, ainda é possível que o acórdão seja reformado.

Comparando o caso “Affair Parplax” com o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, percebemos que apesar das soluções terem sido diversas, muitas das dúvidas dos julgadores franceses em 1984, permeiam até hoje perante alguns tribunais pelo mundo, principalmente no Brasil, onde ainda não se tem legislação específica a se aplicar ao caso.

Inobstante a inexistência de legislação brasileira referente à inseminação artificial *post mortem*, muitos casos como o acima analisado ocorrem e podem vir a ocorrer no Brasil. No julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não se reconheceu a possibilidade de utilização do material genético deixado pelo *de cuius* pela companheira em decorrência da inexistência de autorização expressa do doador.

O sêmen deixado pelo falecido não pode se equiparar a um objeto qualquer, cuja destinação após sua morte obedece as regras de direitos sucessórios como se bem móvel fosse. Não se equipara a doação do material genético a um mero contrato de depósito, conforme dispõe Leite, pois trata-se de material genético humano que deve ser manipulado para seu fim de procriação, ou para eventuais pesquisas científicas caso o casal assim autorize.⁸²

Quando o casal se dirige a uma clínica de reprodução assistida com o fim de utilizar as técnicas de inseminação artificial, está exercendo seu direito constitucional ao planejamento familiar, contemplado no art. 226, parágrafo 7º da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que, no momento em que o casal se submete ao tratamento é evidente que deseja ter filhos, todavia, este desejo não pode ser igualmente presumido para depois da morte do doador. Tal permissão dever ser expressamente

⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 314

informada, em conformidade com a Resolução nº 1.957/2010⁸³ do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe:

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

Conclui-se, portanto, que adequado o julgamento dos Desembargadores do Distrito Federal e Territórios no caso acima analisado, pois inexistindo legislação específica, deve-se observar as Resoluções do Conselho de Medicina quanto ao tema, a fim de resguardar o desejo do doador.

Deste modo, cabe ao Estado fiscalizar a atuação das clínicas de reprodução assistida no país, a fim de verificar se estão observando as Resoluções do Conselho de Medicina quanto à utilização das técnicas de reprodução assistida. Assim sendo, caso se verifique a violação, as clínicas devem ser responsabilizadas administrativamente pelo descumprimento das regras éticas e profissionais a que estão submetidas.

A fiscalização efetiva e a responsabilização das clínicas visa evitar que se descumpram as resoluções do Conselho de Medicina, incluindo-se a de nº 1.957/2010. Desta maneira haverá maior cumprimento da resolução que obriga a clínica a solicitar que o doador expresse sua vontade quanto à utilização dos embriões criopreservados após sua morte. Deste modo, casos como o analisado acima seriam mais facilmente resolvidos, uma vez que seria sempre observado o real desejo do *de cujus*.

Este posicionamento difere-se do adotado na maioria dos países europeus, tendo em vista que grande parte das legislações europeias proíbe a utilização do material genético *post mortem* do doador para fins de procriação, conforme se verifica adiante.

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010 de 6 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

2.2 TRATAMENTO LEGAL DADOS AOS EMBRIÕES NA EUROPA E NO BRASIL

A ciência avança de maneira cada vez mais célere, o que dificulta o lento campo do Direito a se adequar às constantes transformações. Temos no nosso ordenamento jurídico pátrio diversas lacunas decorrentes das omissões legislativas referentes ao tema em análise.⁸⁴

A intervenção jurídica já é uma realidade em alguns países, principalmente na Europa, com maior destaque para Alemanha, França, Espanha e Inglaterra. Com o crescente número de pesquisas na área genética, o poder legislativo destes países tem criado leis que melhor se adequam à realidade do biodireito.⁸⁵

A Alemanha é um dos países percussores no campo do biodireito, todavia, sua legislação ainda possui campos controversos. Há uma enorme contradição entre duas leis em vigor: a Lei de Proteção ao Embrião (1990) e a Lei de Células-Tronco (2002). Enquanto a primeira proíbe a geração de embriões, no território alemão, para fins de pesquisa, a segunda permite a importação de células-tronco embrionárias para pesquisa científica. Ou seja, na Alemanha permite-se a pesquisa com células tronco embrionárias, desde que não seja de origem alemã, admitindo apenas a pesquisa com embriões importados de outros países.⁸⁶

Essa discussão entre um marco legal restritivo quanto ao uso de células-tronco embrionárias alemãs e a possibilidade de importação de embriões de outros países foi alvo de várias discussões internacionais no campo da bioética. Há um consenso de que a história do nazismo dificulta o debate democrático e razoável na Alemanha, por isso a proibição de uso de material biológico de origem alemã. Quanto à inseminação *post mortem* essa é expressamente vedada no território alemão.⁸⁷

⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 11

⁸⁵ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Genérico e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 12

⁸⁶ DINIZ, Débora; AVELINO, Daniel. *Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102009000300019&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 mar. 2015

⁸⁷ Ibidem

Ou seja, o ordenamento jurídico alemão, no que concerne à inseminação artificial *post mortem*, impossibilita o doador de ter sua vontade respeitada após sua morte. Pela legislação alemã, é impossível realizar a inserção do embrião fertilizado *in vitro* após a morte do doador do sêmen, mesmo que esta fosse a vontade do falecido.⁸⁸

Não seria possível, no Brasil, criar uma legislação similar à alemã. Isto porque, conforme dispõe o artigo 226, parágrafo 7º da nossa atual Constituição Federal, o planejamento familiar é livre decisão do casal. Portanto, impedir o doador de dispor sobre o uso do seu material genético após sua morte para fins de procriação violaria a liberdade do casal em decidir em que momento deseja ter seus filhos.

Na França, permite-se a realização de pesquisas com células embrionárias e os embriões podem ser congelados por até 5 (cinco) anos, sob condição de os pais renovarem o consentimento anualmente⁸⁹, todavia, o direito francês veda a inseminação *post mortem* e dispõe que o consentimento externado em vida perde o efeito.⁹⁰

A estipulação de um limite temporal para congelamento dos embriões como ocorre na França, se adotada no Brasil, poderia, por exemplo, condicionar a existência de direitos sucessórios à inseminação do embrião até o último dia do prazo para sua criopreservação. Ademais, se assim fosse o caso, não seria necessário a renovação anual do consentimento para o congelamento, tendo em vista que em 5 anos, o descarte dos embriões ou sua doação seria certa.

Quanto à perda do efeito do consentimento dado em vida, restabelece a ideia de que tal medida, não poderia ser aplicada no direito brasileiro, por violar a liberdade do indivíduo ao seu planejamento familiar. Uma vez autorizada a utilização do seu material genético após sua morte, deve-se considerar o desejo

⁸⁸ DINIZ, Débora; AVELINO, Daniel. *Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102009000300019&script=sci_arttext>. Acesso em: 19 mar. 2015

⁸⁹ GASPAR, Pedro João. *Embriões criopreservados excedentários: Que destino dar-lhes?* Disponível em: <<http://www.iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/111/1/Embri%C3%B5es%20%E2%80%9Cexcedent%C3%A1rios%E2%80%9D%20criopreservados.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2015

⁹⁰ PINTO, Carlos Alberto Pereira. *Reprodução assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 19 mar. 2015

expresso em vida, pois se o nosso ordenamento jurídico permite realizar disposições patrimoniais para depois da morte através de testamentos e codicilos, não há razão para impedir que se façam também disposições de cunho extrapatrimoniais.

A legislação espanhola fixa um tempo máximo de criopreservação do embrião em 8 (oito) anos. Quanto ao destino dos embriões excedentários traz como alternativa ao descarte a utilização dos embriões excedentes em projetos de pesquisa ou a doação à casais estéreis⁹¹. Quanto à utilização do material genético *post mortem* do doador, esta é vedada, todavia, se efetuada, restabelecerá o vínculo de filiação se houver declaração expressa do homem para que seu material genético possa ser utilizado nos 12 meses seguintes ao seu falecimento para fecundar sua mulher.⁹²

Percebe-se que na Espanha a legislação é um tanto quanto controversa. Ao mesmo tempo em que veda a inseminação artificial *post mortem*, garante direitos à criança nascida pela prática vedada, todavia, os direitos dessas crianças são condicionados, ao nascimento após 12 meses do falecimento do homem e a filiação depende do seu consentimento em vida.

Verifica-se, portanto, que na Espanha, os direitos da criança são preteridos ao direito do doador. Caso a criança nasça após os 12 meses ou sem autorização expressa do genitor nem sequer terá direito à filiação. Legislação semelhante à espanhola não seria adotada pelo Brasil, pois violaria tanto o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto os incisos III e IV do art. 1.597 do Código Civil de 2002.

O art. 27 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)⁹³ dispõe que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Logo, não há possibilidade de um filho não possuir a

⁹¹ LEAL, Jéssica; MACEDO. Silva. *O direito sucessório e o instituto da fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-de-embrioes-criopreservados>>. Publicado em 08/2014. Acesso em: 19 mar. 2015

⁹² SOUSA, Luana Gonçalves de. *Os reflexos sucessórios da inseminação artificial homóloga post mortem*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 03 abr. 2015

⁹³ BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em: 03 abr. 2015

filiação de um pai, pela mera inexistência de autorização deste, mesmo que este filho tenha sido concebido após sua morte.

Ademais, a filiação dos filhos é presumida em algumas hipóteses pelo art. 1.597 do Código Civil, dentre elas quando havidos por inseminação artificial homóloga mesmo que falecido o marido (inciso III) e quando havidos a qualquer tempo quando provenientes de embriões excedentários decorrentes de inseminação artificial homóloga. Portanto, independente de autorização do marido para utilização de seu material genético após sua morte, os filhos havidos no Brasil por estas técnicas, possuem direito à filiação, pois são presumidos nascidos na constância do casamento de seus pais.

A Inglaterra, por sua vez, a exemplo da Espanha, também fixa o tempo máximo de 8 (oito) anos para utilização dos embriões criopreservados. No tocante à inseminação *post mortem*, é o país mais vanguardista, visto que estabelece a disposição para utilização do material genético após a morte do doador, porém, sem efeitos sucessórios, salvo disposição contrária em documento.⁹⁴

Pois bem, a legislação inglesa, ao contrário das demais legislações europeias aqui estudadas permite a utilização do material genético do falecido, porém, seus direitos sucessórios apenas serão concedidos via documento escrito pelo doador. Suponhamos que haja uma morte repentina do doador antes da confecção do documento ou que por algum outro motivo não tenha deixado documento escrito. É justo que esta criança nascida não tenha direito sucessório algum quanto aos bens do seu pai?

Tratamento legal como este, excluiria o filho da herança pela mera inexistência de documento expresso. No Brasil, tal disposição iria de encontro ao princípio constitucional da isonomia entre os filhos, estudado mais adiante, pois acarretaria um tratamento diferenciado ao filho havido após a morte do pai.

Percebe-se, portanto, que as soluções encontradas por alguns países europeus não seriam aceitas no Brasil, por violar alguns dos nossos

⁹⁴ LEAL, Jéssica; MACEDO, Silva. *O direito sucessório e o instituto da fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-de-embrioes-criopreservados>>. Publicado em 08/2014. Acesso em: 19 mar. 2015

dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. A discussão jurídica aqui ainda é grande, tendo em vista a precária legislação referente às reproduções assistidas.

Desta feita, primeiramente, é preciso entender onde a reprodução artificial se encaixa no Direito brasileiro e como ela é vista à luz da literatura jurídica e dos julgados relativos ao direito constitucional.

No ordenamento jurídico pátrio, há norma constitucional que trata do planejamento familiar, sendo este regulamentado pela Lei Federal nº 9.263/93⁹⁵. Fica estabelecida a liberdade de decisão do cidadão quanto a este planejamento, desde que sejam respeitados o princípio da dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável.

De acordo com o texto da referida Lei, pode-se depreender o reconhecimento da existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo, implicitamente, a adoção de técnicas de fertilização artificial para fins de reprodução humana.

Deste modo, percebe-se que o direito à reprodução assistida deve ser considerado dentro do contexto solidarista e humanista do Direito de Família⁹⁶. O contexto solidarista do Direito de Família, corresponde à solidariedade do núcleo familiar, sendo esta recíproca entre os cônjuges e companheiros quanto à assistência moral e material. Quanto aos filhos, corresponde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta.⁹⁷

O princípio da solidariedade está consagrado na Constituição Federal de 1988 no inciso I do art. 3º, ao afirmar que construir uma sociedade solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Esta solidariedade consiste na responsabilidade não apenas do Estado, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social de

⁹⁵ BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm> Acesso em: 24 mar. 2015

⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 5, Abr./jun. 2000, Síntese, p. 7-28. Disponível em: <[http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)> Visualizado em 19/03/2015> Acesso em: 23 mar. 2015

⁹⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 64

cada um dos outros membros. No capítulo VII da Constituição Federal de 1988, este princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família de proteção ao grupo familiar.⁹⁸

Quanto ao aspecto humanista do Direito de família, ressalta-se que este alude à dignidade da pessoa humana, consagrada pelo art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Esta se refere ao núcleo existencial que é comum a todas as pessoas humanas, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade. Nessa dimensão, encontra-se a família, como espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com outras pessoas.⁹⁹

A vida humana não possui valor pecuniário, deste modo, todo ato, conduta ou atitude que coisifique o ser humano, ou seja, o equipare a uma coisa disponível, a um objeto, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁰

Deste modo, interesses meramente pessoais, como por exemplo, obter auxílio de técnica de reprodução assistida para escolher sexo, ou o tipo físico da criança não podem ser resguardados à luz do direito constitucional¹⁰¹, tendo em vista que coisificam o ser humano, colocando-o em uma posição de objeto, que pode ser manipulado pelo simples desejo do seus “donos”. Além disto, tal prática incitaria o preconceito de origem, raça, sexo, cor, violando, portanto o art. 3º, inciso IV da nossa atual Constituição Federal de 1988.

Para que as técnicas de procriação assistida sejam compatíveis com a ordem constitucional, não deve haver associação de motivações voluntaristas ou especulativas. Deve sempre prevalecer o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar.¹⁰²

Inserir-se na Lei nº 9.263/96 as atividades de assistência à concepção, podendo ser adotados os métodos e técnicas cientificamente aceitos e

⁹⁸ LÔBO, Paulo. Direito Civil: *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63

⁹⁹ *Ibidem*. p. 60-61

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 60

¹⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 5, Abr./jun. 2000, Síntese, p. 7-28. Disponível em: <[http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)>. Visualizado em 19/03/2015> Acesso em: 23 mar. 2015

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 395.

que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas. O artigo 3º da mencionada lei trata o planejamento familiar no conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atenção à mulher, ao homem e ao casal, obrigando as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, a garantirem tais ações e programas de atenção integral à saúde, incluindo-se, entre outras atividades básicas, a assistência à concepção.

Insta destacar que a adoção de técnicas de reprodução assistida a fim de práticas de eugenia sob o argumento do determinismo biológico não atendem ao fundamento da dignidade da pessoa humana e, muito menos, ao princípio da paternidade responsável.¹⁰³

Deste modo, conclui-se que a utilização das técnicas de reprodução assistida possui amparo constitucional, tendo em vista sua inserção no âmbito do planejamento familiar. Reconhecido o direito à procriação, por meio de técnicas artificiais de reprodução, passemos à análise constitucional referente ao descarte e à utilização dos embriões criopreservados em pesquisas científicas.

A utilização de embriões em pesquisas científicas foi objeto de amplo debate no Supremo Tribunal Federal em sede da ADI 3510¹⁰⁴, proposta pelo Procurador Geral da República, suscitando a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

Questionava-se se a utilização de embriões *in vitro* para fim de pesquisas científicas não feria o direito à vida, consagrada no artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988. Após longo debate, concluiu-se pela constitucionalidade do artigo 5º da lei infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a Constituição Federal não dispõe sobre o início da vida humana e quando classifica os “direitos da pessoa

¹⁰³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 5, Abr./jun. 2000, Síntese, p. 7-28. Disponível em: <[http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)>. Visualizado em 19/03/2015> Acesso em: 23 mar. 2015

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3 510. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 29 maio 2008. Data de publicação: 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 23 mar. 2015

humana” e “direitos e garantias individuais” como cláusulas pétreas, refere-se aos direitos do indivíduo-pessoa, *nativiva*.

O Ministro Relator Ayres Brito afirmou em acórdão que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana.”¹⁰⁵

Deste modo, concluiu o relator que o direito infraconstitucional protege cada etapa do desenvolvimento humano, deste modo, os momentos da vida humana precedentes ao nascimento merecem proteção pelo direito comum, todavia, o embrião não implantado no corpo humano é um bem a ser protegido mas não no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Destacou-se também que reconhecer o direito do embrião provido de fertilização *in vitro* à vida, seria reconhecer o direito à um útero, proposição não autorizada pela Constituição Federal de 1988, pois acarretaria um tratamento desumano e degradante da mulher.

Por fim, concluiu-se que a Lei de Biossegurança seria um encontro do Direito à saúde com a ciência, a fim de encontrar a cura para doenças que asseveram e limitam a vida da população por elas acometidas.

O principal questionamento debatido no julgado mencionado acima foi o conceito de vida sob a ótica jurídica, a fim de delimitar a partir de qual momento esta é inviolável. Conclui-se que os argumentos levantados pelo Supremo Tribunal Federal não conferem ao embrião a proteção jurídica dada ao nascituro já implantado no ventre materno, muito menos ao ser humano já nascido.

Pelo julgado acima analisado percebe-se que o embrião criopreservado não recebe proteção jurídica como ser humano, portanto, não é dotado de dignidade e o seu descarte ou utilização em pesquisas científicas não

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3 510*. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 29 maio 2008. Data de publicação: 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23 mar. 2015

configura violação ao direito à vida, todavia, este embrião não pode ser “coisificado”, não possui natureza jurídica de bem móvel.

Os doadores de material genético não podem dispor como bem entenderem do embrião criopreservado. A Lei de Biossegurança admite que se faça apenas a doação, seja para outros casais, seja para pesquisadores, tendo o parágrafo 3º do art. 5º da Lei de Biossegurança vedado expressamente a venda desses embriões.

O referido artigo dispõe que a comercialização do material biológico é crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434/97¹⁰⁶. Este, por sua vez, afirma que a compra ou venda de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano é um delito, cuja pena é cominada em 1(um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 200 a 360 dias-multa.

Percebe-se que a Lei de Biossegurança equiparou os embriões aos tecidos, órgãos ou parte do corpo humano. Os tecidos são associações de várias células semelhantes que desempenham um papel de forma integrada e órgãos são a junção de vários tecidos que realizam determinada função. O corpo humano, por sua vez, é definido como a estrutura física e individualizada do homem, portanto é formado por diversas partes que dependem uma das outras¹⁰⁷. Deste modo, entende-se que ao contrário do que faz crer a Lei de Biossegurança, o embrião não se assemelha a nenhuma das definições encontradas no crime tipificado no artigo 15 da Lei 9.434/97.

O legislador brasileiro ainda não dispôs de maneira satisfatória sobre os embriões criopreservados, e criou apenas leis esparsas que tratam de forma muitas vezes superficial a situação desses embriões, comparando-o por vezes àquilo que eles não são, como feito na Lei de Biossegurança.

O Supremo Tribunal Federal, bem como os demais tribunais e a literatura jurídica parecem ter chegado ao entendimento majoritário de que o

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15>. Acesso em 04 abr. 2015

¹⁰⁷ GÓES, Winnicius Pereira de. *Transplante e comercialização de órgãos: limites a disponibilidade do corpo humano*. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015

embrião não é ser humano, todavia, ainda se faz necessário descobrir sua natureza jurídica a fim de melhor criar a legislação a ele referente.

Ainda que inexista consenso quanto à natureza jurídica dos embriões bem como legislação específica quanto ao uso destes em alguns casos, como por exemplo, introdução no útero após a morte do doador, os tribunais têm se deparado com situações semelhantes ao caso do Distrito Federal analisado no tópico anterior e precisam solucionar diversas questões controversas como a existência ou não de direitos sucessórios dos embriões inseminados *post mortem*.

Implantado o embrião após a morte do doador, muito se discute acerca dos possíveis direitos de sucessão deste filho. Necessário se faz analisar os aspectos abordados pela literatura jurídica e pela legislação referentes aos direitos sucessórios analisados no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 – DIREITOS SUCESSÓRIOS

3.1 CONCEITO DE SUCESSÕES. MOMENTO DA ABERTURA DA HERANÇA

Reconhecendo a constitucionalidade da utilização de técnicas de reprodução para fins de procriação, bem como do descarte e utilização destes embriões para fins de pesquisa, passemos à análise dos direitos sucessórios que possa vir a ter o embrião, caso seja concebido e nascido com vida.

O embrião excedentário criopreservado, quando descongelado e implantado no útero materno, passa da condição de embrião para nascituro¹⁰⁸, todavia, muito se discute acerca da existência dos direitos sucessórios dos embriões excedentários que vem a ser implantados em momento posterior à morte daquele que doou o espermatozoide que lhe deu origem¹⁰⁹. Primeiramente, passemos a analisar a literatura jurídica dos direitos sucessórios e seus fundamentos.

Nas palavras de Venosa¹¹⁰: “*suceder* é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos.” No direito das sucessões, o vocábulo é empregado para designar a transferência de herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, seja em virtude de testamento.¹¹¹

A sucessão tem como pressuposto principal a morte do autor da herança. É sabido que no ordenamento jurídico pátrio não existe herança de pessoa viva – *viventis nulla hereditas*, de modo que se proíbe todo contrato que tenha como objeto herança de pessoa que ainda não faleceu.¹¹²

A morte do autor da herança pode ser real, bem como presumida, em duas situações: em caso de ausência (arts. 22 a 39 do Código Civil Brasileiro) ou nos casos previstos no artigo 7º do CC: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222

¹⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.54

¹¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.12

¹¹¹ MONTEIRO, op. cit., p.11

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 13, v. 6

Além do pressuposto “morte”, tem-se como necessária para a abertura da sucessão a sobrevivência de outras pessoas, chamadas para recolher o patrimônio do *de cujus*. Inexistindo patrimônio inexistente herança, de modo que a morte nada interessará ao direito sucessório.¹¹³

Acerca da razão de ser do direito sucessório, Dias afirma que:

O direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade conjugado ao direito das famílias. Trata da transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte de uma pessoa aos seus herdeiros, de um modo geral seus familiares. O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas de sucessões.¹¹⁴

Conclui-se, portanto, que o direito sucessório tem por fim garantir a segurança familiar. Deste modo, não só no âmbito da família como também em direito sucessório invoca-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.¹¹⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, traduz-se no conjunto de todas as condições da vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana¹¹⁶. Assim sendo, percebe-se que o direito sucessório visa garantir uma vida digna aos herdeiros do falecido, a fim de que eles tenham condições financeiras de sobreviver à morte do autor da herança.

Vislumbram-se três modalidades distintas de direito sucessório: sistema de liberdade testamentária, sistema da concentração absoluta ou obrigatória e sistema da divisão necessária.¹¹⁷

No sistema de liberdade testamentária o autor da herança não está limitado a instituir certos e determinados sucessores. Ele possui liberdade plena para dispor do seu patrimônio para depois da sua morte. Neste sistema não se admite a intervenção de terceiros ou do Estado na disposição dos bens. Deste

¹¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 31

¹¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7. p. 25-29

¹¹⁶ DIAS, op. cit. p. 32

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35-36

modo, mesmo que o autor da herança tenha filhos, pais, e cônjuge, pode dispor em testamento a totalidade de sua herança para uma pessoa qualquer.¹¹⁸

Já no sistema de concentração absoluta, toda a herança é deferida a um único sucessor. Este é um sistema superado, utilizado no passado quando existia o benefício da primogenitura, de modo que a totalidade ou maior parte da herança era devida apenas ao filho mais velho.¹¹⁹

Por fim, tem-se o sistema de divisão necessária. De acordo com este sistema o autor da herança não pode dispor da totalidade dos seus bens, caso existam herdeiros necessários.¹²⁰

Dispõem os artigos 1845 e 1846 do Código Civil 2002¹²¹:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

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

Da leitura dos artigos supracitados, depreende-se que o sistema sucessório adotado no Brasil é o da divisão necessária. Assim sendo, se houver testamento, deve-se apreciar a vontade do autor da herança, todavia, se este tiver herdeiros necessários, só poderá dispor da metade de seus bens, porque a outra metade pertence aos referidos herdeiros.¹²²

Identificado o sistema sucessório adotado no Brasil, necessário se faz saber em que momento é aberta a sucessão. Encontra-se tal resposta no art. 1.784 do Código Civil Brasileiro de 2002: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A redação do referido artigo refere-se ao princípio de *saisine*. Tal princípio consagra o imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e

¹¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35-36

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 35-36

¹²⁰ *Ibidem*. p. 35-36

¹²¹ BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015

¹²² GAGLIANO, op. cit p. 35-36

posse passam diretamente da pessoa do *de cuius* aos seus herdeiros em simultaneidade com a morte do autor da herança.¹²³

A transmissão se dá de maneira imediata porque a existência da pessoa natural termina com a morte, deixando de ser sujeito de direitos e deveres. Por isso há a necessidade que alguém assuma o lugar do falecido de forma imediata, para que não se interrompa a cadeia dominal e o patrimônio do *de cuius* não fique sem dono.¹²⁴

O momento da abertura da sucessão não se confunde com o momento de abertura do inventário. Aquele ocorre independentemente deste. A sucessão é aberta com a morte do autor da herança, já o inventário inicia-se com o ingresso em juízo da ação correspondente.¹²⁵

Para que a transmissão se concretize necessário é que o herdeiro exista ao tempo da morte do autor da herança e que a esse tempo não seja incapaz de herdar. O art. 1798 do Código Civil preconiza que são legítimas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Deste modo, permite-se, por exemplo, que o nascituro seja sucessor do autor da herança, se vier a nascer com vida.¹²⁶

A legitimidade se caracteriza pela aptidão para praticar determinado ato jurídico. É pressuposto para ser herdeiro a legitimidade ativa para suceder ao patrimônio deixado pelo *de cuius*. Encontra-se aqui a problemática acerca dos direitos sucessórios dos embriões excedentários que foram inseridos no útero materno após a morte do pai. Veja-se, no momento em que o autor da herança faleceu ainda não havia nascituro, todavia haviam embriões fecundados *in vitro*.¹²⁷

O Código Civil ao resguardar os direitos do nascituro não fez distinção entre concepção artificial e natural. Para Chinelato entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito,

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito das Sucessões*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 6. p. 54

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103

¹²⁵ *Ibidem*. p. 103

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-41, v. 7

¹²⁷ *Ibidem*. p. 68-70

mas não quanto à personalidade. Para ela, o conceito de nascituro abrange o embrião pré implementado.¹²⁸

Tal entendimento, todavia, não é pacífico e logo, indaga-se: haveria no caso de implementação dos embriões excedentários pós morte exceção ao princípio de *saisane* que tem como pressuposto a existência do herdeiro ao tempo da morte do autor da herança?

Primeiramente, importante salientar que o herdeiro existir ao tempo da morte do autor da herança não é uma condição absoluta para a sucessão. Há na lei, uma exceção a este princípio, qual seja a possibilidade de sucessão por parte dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, o que corresponde à prole eventual do Código Civil de 1916.¹²⁹

O Código Civil de 2002 possibilita, em seu art. 1.799, I, que o autor da herança, em testamento chame a suceder os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas por ele, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Deste modo, pode o testador deixar bens ao futuro filho de alguém, desde que a pessoa indicada esteja viva na data da abertura da sucessão.

Ocorre que há a possibilidade do filho de pessoa indicada não vir a ser concebido. Visando dar maior segurança jurídica a este instituto o legislador ordinário estipulou no artigo 1800 do Código Civil que após decorridos dois anos da abertura da sucessão caso o herdeiro não tenha sido concebido, os bens a ele reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição contrária do testador.¹³⁰

Se o ordenamento jurídico pátrio permite que filhos de pessoas indicadas pelo testador não nascidos no momento da abertura da sucessão sejam contemplados com a herança do *de cuius*, porque não conferir direitos sucessórios ao filho do próprio testador concebido *in vitro* e nascido após sua morte?

¹²⁸ CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueredo (coords.) *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método. 2007. p.43-81

¹²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7. p. 71

¹³⁰ *Ibidem*. p. 72-73

Importante salientar que, conforme dispõe o subitem 3 do item V da Resolução nº 1.957/2010¹³¹ do Conselho Federal de Medicina: “No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

A referida Resolução dispõe também que “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” (Item VIII)

Percebe-se, portanto, que os doadores de material genético devem, no momento em que é realizada a criopreservação dos embriões excedentes, externar por escrito o que desejam que seja feito com os embriões excedentários após sua morte, podendo, inclusive autorizar que sua esposa ou companheira utilize seu material genético para fins de procriação. A utilização do material genético do falecido é condicionada ao consentimento expresso que tenha deixado para este fim, prevalecendo, portanto, o princípio da autonomia dos sujeitos.¹³²

Deste modo, não poderá a viúva exigir da clínica de reprodução assistida que lhe entregue o sêmen armazenado para que nela seja inseminado, pois este não é objeto de herança. A paternidade, neste caso, deve ser consentida. A utilização não consentida do material genético do doador falecido só é admitida em caso de doador anônimo, tendo em vista que não lhe será atribuída a paternidade.¹³³

Se o homem, todavia, no momento da realização da criopreservação, externa sua vontade no sentido de que deseja que a sua esposa/companheira possa continuar tentando engravidar utilizando os embriões criopreservados após sua morte, é evidente que ele almeja que aquele ser humano nascido após seu falecimento seja declarado seu filho.

¹³¹ CONSELHO NACIONAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010 de 6 jan. 2011. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

¹³² LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.223

¹³³ *Ibidem*. p.223

Da mesma maneira, entende-se que se o autor da herança, em vida autorizou a fertilização *in vitro* heteróloga, ou seja, com gameta masculino de outrem, por sua esposa/companheira, é claro que o falecido desejou em vida ter a filiação deste possível filho reconhecida.

Insta destacar que o art. 1.597 do Código Civil de 2002 presume como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido bem como os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Entende-se, portanto, que os filhos havidos de fecundação artificial decorrentes do material genético do falecido (inseminação artificial homóloga), ou de terceiros com a sua autorização (inseminação artificial heteróloga) são considerados filhos do autor da sucessão, mesmo que tenha sido implantado o embrião excedentário após sua morte.

Em junho de 2002, durante a Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça foi aprovada proposição que estabelece a presunção de paternidade descrita no inciso III do artigo 1.597 do Código Civil apenas nos casos em que há autorização prévia escrita do marido, bem como esteja a mulher ainda na condição de viuvez quando realizada a técnica de reprodução assistida.¹³⁴

Estabeleceu-se também nesta Jornada de Direito Civil¹³⁵ que finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1.571 do Código Civil de 2002, a regra do inciso IV do artigo 1.597 somente será aplicada se houver autorização prévia, por escrito dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação destes embriões.

Importante lembrar que a presunção de paternidade a que se refere o artigo 1.597 do Código Civil, não tem mais importância para a configuração de

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de Família*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327

¹³⁵ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *II, III E IV Jornada de Direito Civil*. Disponível em : <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2015

filiação legítima, todavia continua sendo importante para a incidência da presunção legal de paternidade.¹³⁶

O reconhecimento do estado de filiação, que não mais se distingue entre legítima e ilegítima, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível que pode ser exercido sem qualquer restrição aos pais ou seus herdeiros, conforme redação do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹³⁷. Este direito à filiação, de suma importância para o tema aqui abordado, será melhor detalhado no tópico seguinte.

3.2 DA FILIAÇÃO. DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

Venosa define filiação como:

um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de estado. O termo *filiação* exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram.¹³⁸

A filiação é devida a todos os filhos, sejam estes biológicos ou afetivos. Não importando se foram havidos ou não fora do casamento, se possuem ou não material genético daqueles se denominam seus pais¹³⁹. À luz do direito sucessório, é importante salientar a filiação como condição do descendente, tendo em vista que este ocupa o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária (artigo 1.829 do Código Civil), sucedidos pelos ascendentes, cônjuges e colaterais.¹⁴⁰

O descendente é o primeiro a se chamar à sucessão. Esta propriedade tem duplo fundamento: a continuidade da vida humana e a vontade do autor da herança. Há entre os descendentes uma ordem de preferência, no qual herdam em primeiro lugar os filhos, em seguida os netos, depois os bisnetos e assim por diante. Os filhos herdam por direito próprio e por cabeça, ou seja, herdam pela

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de Família*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 327

¹³⁷ BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em: 03 abr. 2015

¹³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 277

¹³⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 216

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 41-42

condição de serem os descendentes de primeiro grau e partilham igualmente a herança.¹⁴¹

Os descendentes possuem direito à *legítima*. Esta corresponde à parte indisponível do autor da sucessão, ou seja, cinquenta por cento do seu patrimônio. Assim sendo, não pode o testador prejudicar a legítima dos descendentes, de modo que é possível em ação judicial reduzir as liberalidades testamentárias até o limite da integridade da parte indisponível.¹⁴²

Antes do advento do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, havia uma valorização da filiação advinda de dentro do núcleo familiar do matrimônio, buscando-se a proteção primordial do casamento. Deste modo, era admitida a discriminação dos filhos, especificamente aqueles oriundos de relações adúlteras, pois compreendia-se a necessidade de uma classificação de filiação entre filhos havidos dentro e fora do casamento.¹⁴³

Esta antiga classificação adotada pelo artigo 229 do Código Civil de 1916, que versava sobre a legitimidade da família constituída pelo matrimônio considerava todos os filhos oriundos das relações extraconjugais desprovidos de dignidade e portanto excluídos do cenário jurídico-familiar.¹⁴⁴

Os filhos *legítimos* eram os oriundos da relação matrimonial e os *ilegítimos* provenientes da conjunção carnal fora do casamento. Estes últimos classificavam-se ainda em naturais ou espúrios. Filhos naturais eram oriundos da relação entre os pais que não possuíam impedimento para o casamento e os filhos espúrios, decorrentes da relação entre pais que tinham a união proibida legalmente.¹⁴⁵

Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse de fato de um deles ou ambos serem casados, e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou irmã e irmão. Trazia também o Código Civil de 1916 o instituto da “legitimação” no qual o casamento dos pais conferia aos filhos

¹⁴¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.56

¹⁴² MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: Direito das sucessões*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6. p. 124-125

¹⁴³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 135

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 135

¹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 321

havidos antes da união os mesmos direitos conferidos aos nascidos após as núpcias.¹⁴⁶

A Constituição Federal de 1988, instituiu no parágrafo 6º do artigo 227 que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O princípio da não discriminação não estabelece igualdade absoluta, nem veda as diferenciações, mas prevê as discriminações consideradas inaceitáveis, bem como outras diferenciações que a própria Constituição Federal de 1988 considera necessárias para se obter a igualdade substancial. Logo, pelo princípio da não discriminação considera-se razoável as discriminações justificadas e proporcionais.¹⁴⁷

A discriminação estabelecida no Código Civil de 1916 não era justificada e proporcional, muito menos visava obter a igualdade substancial, razão pela qual foi suprimida, garantindo a todos os filhos, sejam estes provenientes ou não da relação matrimonial, igualdade em direitos.

A referida mudança constitucional gera repercussão tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, uma vez que inadmite qualquer forma de distinção jurídica entre os filhos, sob as penas da lei. Trata-se, portanto, na ótica do Direito de Família, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.¹⁴⁸

O termo “isonomia”, conforme entendimento tradicional na filosofia grega, era utilizado no sentido de igualdade perante a lei, ou seja, igualdade formal e ainda hoje é utilizado ora exclusivamente nesse sentido formal, ora em sentido amplo e genérico (igualdade formal e material).¹⁴⁹

No Brasil, há um consenso entre a literatura jurídica e os julgados, de que não há distinção entre igualdade *perante a lei* e *igualdade na lei* no direito

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 321

¹⁴⁷ GUEDES, Jefferson Carus. *Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e introdutória dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 117

¹⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 21 mar. 2015

¹⁴⁹ GUEDES, op. cit., p.125

brasileiro, pois entende-se que a igualdade perante a lei significa igualdade na lei, deste modo, tanto o legislador quanto os aplicadores da lei são destinatários deste princípio.¹⁵⁰

Ademais, entende-se que a lei deve prever quais são os fatos, pessoas ou situações que devem ser considerados iguais ou desiguais para então referir-se à cada sujeito ou grupo o tratamento merecido. A lei deve definir se os elementos são idênticos, iguais, semelhantes ou diferentes.¹⁵¹

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 definiu que todos os filhos são idênticos e merecem tratamento igual (sentido formal e material), qualquer que seja a natureza da filiação. O Código Civil de 2002 reforçou o entendimento isonômico no artigo 1.596 ao afirmar que:

Art. 1.595 Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Assim sendo, acabou-se a distinção que havia no Código Civil de 1916 que previa direitos diferentes aos filhos legítimos, e ilegítimos, bem como aos adotivos. A Constituição Federal de 1988, bem como Código Civil de 2002 estabeleceu o princípio da isonomia entre os filhos, que deve ser interpretado de forma ampla, ou seja, deve-se encará-la como isonomia formal e material.

Deste modo, deve o legislador infraconstitucional abster-se de criar leis discriminatórias quanto à filiação, bem como devem os julgadores aplicá-las¹⁵² de maneira a garantir a isonomia material, colocando os filhos em par de igualdades, independente da sua origem biológica.

O tratamento isonômico dado aos filhos, independente de sua origem, advém do princípio da igualdade, amplamente difundido em nossa Constituição Federal de 1988. A proteção especial dada ao princípio da igualdade

¹⁵⁰ GUEDES. Jefferson Carus. *Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e introdutória dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191

¹⁵¹ *Ibidem*. p. 170

¹⁵² *Ibidem*. p. 191

justifica-se porque, dentre todos os direitos fundamentais, este é o que mais tem alcançado relevância no Direito Constitucional, atraindo à sua volta outros direitos.¹⁵³

Atualmente, nenhuma distinção mais se faz em relação à filiação, tratando a todos apenas como filhos. Esse tratamento isonômico reflete nos direitos sucessórios, conforme se verifica no artigo 1.834 que afirma que: “Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes”.

Insta destacar que o Direito de Família tratou dos filhos havidos de reprodução assistida de forma breve, garantindo-lhes o direito à filiação pelo artigo 1.597 do Código Civil, todavia, o direito sucessório nada se pronunciou quanto à asseguaração dos direitos de sucessão destes embriões.

Se o próprio Código Civil afirma que os filhos havidos por inseminação artificial homóloga após a morte do marido são considerados filhos destes e o referido Código bem como a Constituição Federal asseguram aos filhos direitos iguais, não há motivo para se conceder direitos sucessórios àqueles fertilizados *in vivo* e não concedê-los aos nascidos de fertilização *in vitro*.

É certo que os embriões fertilizados *in vitro* deixados pelo falecido podem não vir a ser introduzidos no corpo feminino, todavia, sendo implantados no útero materno e nascendo com vida, mesmo após a morte do homem doador, são estes considerados seus filhos, e como tais possuem capacidade para suceder à herança do *de cuius* assim como os demais herdeiros. Ocorre que tal entendimento não é pacífico na literatura jurídica, conforme se passa a aduzir.

3.3 DA LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DO FILHO CONCEBIDO APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA

Após a morte, averigua-se quem são as pessoas que possuem capacidade para suceder naquela herança. Verifica-se a existência de três condições de aptidão para suceder na herança: estar a pessoa viva, ser capaz e não ser indigna.¹⁵⁴

¹⁵³ GUEDES. Jefferson Carus. *Igualdade e desigualdade: Introdução conceitual, normativa e introdutória dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191

¹⁵⁴ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7. p.119

O entrave encontrado para regulamentar os direitos sucessórios dos embriões excedentários implantados *post mortem* traduz-se na impossibilidade de condição do primeiro pressuposto: estar o herdeiro vivo no momento da abertura da sucessão.¹⁵⁵

Conforme narrado alhures, a doutrina majoritária, bem como Supremo Tribunal Federal entendem que o embrião não é pessoa e com ela não se confunde, logo, se o embrião criopreservado não é pessoa, entende-se que este, mesmo que concebido (*in vitro*), não é considerado vivo quando da abertura da sucessão daquele que doou o gameta para sua fecundação. Este é um dos motivos, pelo qual parte da doutrina civilista não confere ao embrião excedentário direitos sucessórios.¹⁵⁶

O artigo 1.800 do Código Civil estabelece que no caso de herança aos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador (art. 1.799, I, CC 2002), serão os bens confiados, após a partilha a um curador nomeado pelo juiz. Se após dois anos contados da abertura da sucessão não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição diversa do testador (art. 1800, parágrafo 4º, CC 2002).

Neste caso, pode o testador livremente alterar o prazo para concepção do herdeiro. De igual modo, defende Venosa que a via testamentária é o meio pelo qual o autor da herança pode instituir como herdeiro possíveis filhos havidos por inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, da maneira como é feito com a prole eventual.¹⁵⁷

Para o autor, se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual norteador do direito sucessório, estes não serão herdeiros. Para suceder é necessário existir no momento da delação, ressalvado os direitos do nascituro e do sucessor esperado (art. 1800 CC), todavia não se identifica o nascituro com embrião.¹⁵⁸

¹⁵⁵ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7. p. 68-69

¹⁵⁶ *Ibidem*. p. 68-69

¹⁵⁷ VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito das sucessões*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56-57

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 56-57

Gomes leciona que, o embrião só poderia ser inseminado em vida com autorização do autor da herança, deste modo, após seu falecimento, a autorização dada em vida perde o valor. Essa autorização só se efetivará através de testamento válido para disposições após a morte, sejam estas de cunho patrimonial ou não. Assim sendo, entende que seria possível atribuir a herança ao embrião inseminado *post mortem* após a criação de lei complementar que o regulamente.¹⁵⁹

Há quem invoque as questões de ordem prática para justificar a falta de legitimação sucessória dos filhos artificiais concebidos após a morte do pai. Justifica-se a exclusão destes filhos da linha sucessória pela dinâmica da sucessão a curto prazo, ou seja, a admissão da inclusão destes filhos como herdeiros necessários torna praticamente impossível a delimitação dos herdeiros, e a partilha que se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a alterações futuras.¹⁶⁰

Na contramão do entendimento acima mencionado, tem-se parte da doutrina civilista que sustenta o entendimento de que as pessoas nascidas de embriões excedentários têm legitimidade para suceder.

Conforme entendimento de Pereira o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597 fez uma disposição infeliz ao afirmar que *se presumem* “concebidos na constância do casamento” os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (inciso III). A concepção havida pelo processo artificial, depois da morte do pai, não gera presunção de contemporaneidade com um casamento sabidamente dissolvido pelo óbito anterior, tendo em vista que a hipótese é de ficção jurídica e não de verdadeira presunção de paternidade.¹⁶¹

Neste íterim, se a legitimação sucessória é reconhecida às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, o filho havido artificialmente após a morte do pai, reputado como concebido na “constância do casamento”, teria preenchido o requisito da legitimidade sucessória.¹⁶²

Segundo Pereira, para os efeitos legais, seria o filho havido artificialmente um nascituro, e não mero concepturo, plenamente equiparado ao filho

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30

¹⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil : Sucessões*. 5 ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 128

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das sucessões*. 18 ed. rev. e atu. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6. p. 27-28

¹⁶² *Ibidem*. p. 27-28

concebido por processo natural, apenas não nascido quando da abertura da sucessão.¹⁶³

Diniz sustenta que, se no momento do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material do *de cujus*, e se este for posteriormente implantado num útero, vindo a nascer com vida, pode o filho havido artificialmente pleitear sua herança por meio da petição de herança, que prescreve 10 anos após sua maioridade.¹⁶⁴

O entendimento adotado pela doutrinadora corrobora com o Enunciado n. 267 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil¹⁶⁵:

A regra do artigo 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 de herança.

Monteiro e Pinto também defendem os direitos sucessórios dos embriões excedentários. Os autores afirmam que as hipóteses descritas nos incisos III a V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, são exceções à regra imposta pelo legislador referente à legitimação para suceder apenas do embrião já concebido no útero materno. Alegam que as expressões “fecundação” e “inseminação artificial” são utilizadas de forma sinônimas, e que “concepção” também deve se equiparar a elas, a fim de atender à previsão contida no artigo 1.798 do Código Civil de 2002.¹⁶⁶

Dias entende que o embrião excedentário não é considerado nascituro antes da implementação no útero materno, todavia, ainda que não tenha sido o embrião concebido antes da morte do genitor, terá direito sucessório, desde

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das sucessões*. 18 ed. rev. e atu. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6. p. 27-28

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.6. p.61-62

¹⁶⁵ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. 3 JORNADA DO DIREITO CIVIL. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015

¹⁶⁶ MONTEIRO. Washington de Barros; PINTO. Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: direito das Sucessões*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53-54

que o doador da gameta tenha manifestado expressamente seu consentimento para fertilização *post mortem*.¹⁶⁷

Entre os defensores da existência de direitos sucessórios dos embriões excedentários encontra-se também Gonçalves, que afirma que não há como se esquivar do disposto no artigo 1.597 do Código Civil e 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal. O primeiro artigo refere-se à presunção de filiação dos filhos havidos artificialmente e o segundo consagra o princípio da igualdade de direito entre os filhos.¹⁶⁸

Deste modo, se os direitos sucessórios dos filhos são iguais, não há justificativa para excluir os filhos havidos artificialmente após a morte do doador, pois assim o fazendo estaríamos violando o disposto no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.¹⁶⁹

Expostos os argumentos doutrinários contrários e favoráveis ao reconhecimento dos direitos sucessórios dos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem* do doador, tem-se que a solução mais justa e que maior se enquadra no ordenamento jurídico pátrio é a de reconhecimento do direito destes filhos à sucessão.

A Constituição Federal consagra o princípio da igualdade entre os filhos, o Código Civil ressalta que são iguais os direitos sucessórios destes e ainda afirma que os filhos havidos por inseminação artificial homóloga posterior à morte do doador presumem-se “concebidos na constância do casamento”, logo, não há razão para excluir desses filhos seus direitos sucessórios.

Deste modo, o filho concebido por inseminação artificial após a morte do pai, deve fazer jus à herança do seu genitor, concorrendo com os demais filhos, se houverem, independente de haver disposição testamentária em seu favor.

Reconhecendo-se o direito de herança deste filho, necessário se faz analisar as peculiaridades da partilha a fim de encontrar a melhor solução que

¹⁶⁷ DIAS. Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 339

¹⁶⁸ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.7. p.75

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 75

garanta o direito do filho haver seu quinhão hereditário sem comprometer o direito sucessório dos demais herdeiros.

3.4 DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA

Superada a questão acerca da existência dos direitos sucessórios dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem* do doador, passemos à análise referente ao inventário e à partilha de bens entre os herdeiros.

Conforme dispõe o artigo 1.749 do Código Civil: aberta a sucessão, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários. Ante a morte do autor da herança, necessário se faz proceder com a abertura do inventário, que é o processo no qual se descrevem e avaliam os bens do *de cuius*, e partilham entre seus sucessores o saldo líquido, após o pagamento de impostos, despesas processuais e dívidas passivas reconhecidas pelos sucessores.¹⁷⁰

São interessados no inventário: o cônjuge ou companheiro, herdeiros, sucessores por testamento (herdeiros ou legatários), os contemplados em codicilos, o Ministério Público (quando houver incapazes, ausentes ou Fundação), o testamenteiro, a Fazenda Pública, os credores, bem como demais pessoas físicas ou jurídicas que possam ter direitos em relação ao espólio.¹⁷¹

Procedendo-se com o inventário na via judicial, o juiz nomeará o inventariante, obedecendo-se as regras do artigo 990 do Código de Processo Civil. Após a intimação da nomeação, o inventariante terá 5 (cinco) dias para prestar um termo de compromisso (art. 990, parágrafo único do CPC).¹⁷²

Dentro de 20 (vinte) dias após prestar o termo de compromisso, o inventariante, em conformidade com o disposto no artigo 993 do Código de Processo Civil, fará as primeiras declarações, incluindo-se, entre outras informações,

¹⁷⁰ MAXIMILIANO. Carlos. *Direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos., 1942. p. 268

¹⁷¹ AMORIM. Sebastião Luiz; OLIVEIRA. Euclides Benedito de. *Inventários e Partilhas*. 19 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005. p. 337-338

¹⁷² AMORIM. Sebastião Luiz; OLIVEIRA. Euclides Benedito de. *Inventários e Partilhas*. 19 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005. p. 337-338

o nome, estado, idade e residência dos herdeiros e, havendo cônjuge supérstite, o regime de bens do casamento (inciso II).¹⁷³

Terminado o inventário, se procederá a partilha, caracterizada pela divisão de bens entre os herdeiros e cessionários, separando-se a meação do cônjuge ou companheiro do falecido. Se houver um único herdeiro, far-se-á a adjudicação dos bens, podendo ser utilizado o inventário simplificado, forma do arrolamento sumário, conforme prevê o artigo 1.031, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.¹⁷⁴

A partilha pode ser tanto amigável, quando resulta do acordo entre os interessados capazes, ou judicial, ocorrida no processo de inventário judicial, por deliberação do juiz, quando não há acordo entre os herdeiros ou quando algum deles for menor ou incapaz.¹⁷⁵

Se algum herdeiro for incapaz, absoluta ou relativamente, não poderá proceder com a partilha amigável, ainda que representado ou assistido pelo seu representante legal, conforme dispõe o artigo 2.016 do Código Civil de 2002. Nestes casos, se faz necessário a partilha em processo judicial com acompanhamento do Ministério Público.

Dispõe o artigo 2.017 do Código Civil de 2002, que deve ser observada na partilha, a maior igualdade possível. O referido artigo não traz a obrigatoriedade de divisão exatamente equânime, mas sim de forma proporcional, a fim de evitar litígios ou futuras demandas¹⁷⁶. Insta destacar também, que os bens que por uma das razões elencadas no artigo 1.040 do Código de Processo Civil, não forem partilhados no processo de inventário ficarão sujeitos à sobrepartilha, complementando-se, portanto, a partilha anterior.

Percebe-se que o processo de inventário possui inúmeras peculiaridades e trâmites burocráticos, que fazem com que o inventário, por vezes,

¹⁷³ AMORIM. Sebastião Luiz; OLIVEIRA. Euclides Benedito de. *Inventários e Partilhas*. 19 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005. p. 337-338

¹⁷⁴ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 553, v. 7

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 555

¹⁷⁶ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7 p.560

dure por muitos anos. Pergunta-se, portanto, como ocorrerá a partilha caso seja concebido um filho após a morte do seu pai?

Sendo o filho concebido durante o processo de inventário, encontrando-se, portanto, na condição de nascituro, pode este ser incluso como herdeiro, mediante petição protocolizada no corpo do processo, conforme dispõe o artigo 1.001 do Código de Processo Civil, representado por sua genitora, visto que o herdeiro será absolutamente incapaz.¹⁷⁷

Deste modo, o processo prosseguirá em curso e a partilha será feita observando a inclusão do novo sucessor, devendo ao final, este receber seu quinhão hereditário, caso nasça com vida, que será administrado pelo seu curador, enquanto não cessar a incapacidade.¹⁷⁸

Conforme disposto no capítulo anterior, autores como Venosa¹⁷⁹, defendem que este filho só terá direitos sucessórios mediante testamento escrito pelo seu genitor. Não parece razoável condicionar os direitos sucessórios de um descendente, cuja filiação se reconhece pelas normas do Código Civil, à existência de um testamento que lhe garanta tais direitos, tendo em vista que a via testamentária nem sempre é utilizada pelos autores da herança, o que não acarreta presunção de que não desejava o genitor que seus filhos havidos após a morte não possuíssem direito à partilha.

Admitindo-se, todavia, que a via testamentária seja o único meio pelo qual o filho concebido após a morte do pai tenha garantidos seus direitos sucessórios, necessário se faz analisar os aspectos dessa sucessão.

Leite entende que a alternativa para a indefinição da partilha de bens seria a estipulação de um prazo determinado, assim como ocorre no parágrafo 4º do artigo 1.800 do Código Civil, sem possibilidade de disposição contrária, criando assim maior segurança jurídica em relação à partilha de bens.¹⁸⁰

¹⁷⁷ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7 p.560

¹⁷⁸ *Ibidem*. p. 141

¹⁷⁹ VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das sucessões*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56-57

¹⁸⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134-135

Se aplicarmos analogicamente a disposição da prole eventual ao caso em comento, assim como aconselhado pelo doutrinador acima citado, condicionaremos a aquisição da herança ao nascimento do herdeiro em até dois anos após a abertura da sucessão (Art. 1800, § 4º, do Código Civil de 2002).

Ocorre que, a razão pela qual as pessoas se submetem às técnicas de reprodução assistida é a incapacidade natural de procriar, decorrente de alguma infertilidade do homem, da mulher ou de ambos¹⁸¹. Exigir que a mulher conceba um bebê em apenas dois anos após a abertura da sucessão é inviável, tendo em vista que esta pode ter procurado a clínica de reprodução assistida por ter dificuldades em conceber um filho, que pode ser agravada pelo recente falecimento do marido.

Inviável, portanto, aplicar analogicamente o artigo referente aos filhos ainda não concebidos indicados pela pessoa do testador ao direito de sucessão do herdeiro introduzido no útero e nascido após a morte do autor da herança. Poderia, todavia, estipular-se um prazo maior, suficiente à concepção do filho, levando-se em conta o tempo máximo de vida de um embrião criopreservado.

Beraldo defende o prazo de três anos para a implantação, tendo em vista que a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) afirma que após 3 anos de congelamento os embriões podem ser doados para pesquisa com o consentimento dos doadores. Afirma a autora que trata-se de um prazo razoável, que não força o genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento para que a criança seja gerada.¹⁸²

Ocorre que, aumentar o prazo de 2 (dois) para 3 (três) anos, não parece ser a melhor solução ao problema, tendo em vista que 1 (um) ano de diferença talvez não seja suficiente para a genitora obter êxito com a gestação.

No Relatório Warnock, publicado em 1984 no Reino Unido, foram esclarecidas algumas questões sobre as reproduções assistidas e a utilização de embriões criopreservados. O referido documento estipula que o prazo máximo

¹⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira *Procriações artificiais e o Direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 17

¹⁸² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 130-131

para conservação dos embriões congelados é de 5 (cinco) anos, prazo este adotado por alguns países ao redor do mundo.¹⁸³

Alguns cientistas alegam que este prazo foi arbitrariamente estabelecido, com estudos embriológicos em animais bovinos. Em contrapartida, já foram realizados procedimentos com embriões humanos de sete e oito anos de congelamento que obtiveram sucesso, gerando bebês saudáveis. Após essa descoberta, alguns países, como Inglaterra e Espanha, aumentaram o prazo máximo de congelamento de embriões de 5 (cinco) para 8 (oito) anos.¹⁸⁴

No Brasil, não há legislação que estipule o tempo máximo de congelamento do embrião. A Resolução do Conselho de Medicina nº 2.013/13¹⁸⁵, item V.4, afirma que “Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.” (sem grifo na original)

Conforme disposição de motivos do referido documento uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços.

Diante deste quadro, percebe-se que não há consenso no âmbito científico, tampouco no jurídico acerca do tempo máximo de congelamento de embriões no Brasil, o que impossibilita a imposição de um marco temporal no qual deveria nascer o filho havido após a morte para garantia dos seus direitos sucessórios.

Não se pode também conferir desde a fertilização do embrião seus direitos sucessórios, pois conforme já salientado, embrião não é nascituro e com ele não se confunde. Se assim o fosse, a partilha deveria ser feita sob condição

¹⁸³ GASPAR, Pedro João. *Embriões criopreservados excedentários: Que destino dar-lhes?* Disponível em:

<<http://www.iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/111/1/Embri%C3%B5es%20%E2%80%9Cexcedent%C3%A1rios%E2%80%9D%20criopreservados.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2015

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.013/2013 de 9 de maio.2013. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2015

resolutiva *ad eternum*, a fim de resguardar os bens do futuro filho que poderia ou não vir a ser concebido.

Deste modo, far-se-ia provisoriamente a partilha entre os herdeiros já existentes, com a obrigação de recomponem sucessivamente o respectivo quinhão aos herdeiros que de futuro forem nascendo. A partilha ficaria sujeita à condição resolutiva e os herdeiros receberiam os bens em propriedade resolúvel.¹⁸⁶

Este entendimento causaria enorme insegurança jurídica, visto que a qualquer momento poderiam nascer filhos oriundos do material genético doado pelo pai e a partilha seria constantemente revista, causando imensa instabilidade econômica aos herdeiros.

De igual maneira, não há como repartir os bens entre os herdeiros vivos do óbito do autor da herança, e conferir à esposa ou companheira o status de curadora dos bens que seriam de direito da criança que poderia ser concebida futuramente com o material genético do falecido doador.

Isto porque, primeiramente, por vezes inúmeros embriões são congelados e coletivamente implantados (respeitando-se o número máximo de 4) no útero materno. Deste modo, podem vir a nascer gêmeos, trigêmeos ou até mesmo mais filhos, caso a mulher obtenha êxito mais de uma vez nas implantações dos embriões.

Não haveria, portanto, como instituir a mulher como curadora de bens, sem saber ao certo quantos são os possíveis herdeiros. Ademais, mesmo se houvesse apenas um embrião criopreservado, não poderia se presumir que este seria concebido e nascido com vida, a ponto de desde o momento da abertura da sucessão resguardar seus direitos.

Logo, a solução que trará maior segurança e estabilidade jurídica, é aquela adotada no Enunciado n. 267 do Conselho de Justiça Federal,

¹⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 73

aprovado na III Jornada de Direito Civil¹⁸⁷, que submete os efeitos patrimoniais do nascido à interposição de petição de herança.

O artigo 1.824 do Código Civil preceitua que “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui”.

Exemplifica-se o uso da petição de herança quando o verdadeiro sucessor tenha sido preterido por não ser conhecido, porque não se encontrou testamento ou este veio a ser anulado, ou por se tratar de filho não reconhecido.¹⁸⁸ Deve-se enquadrar neste rol exemplificativo a o sucessor concebido e nascido *post mortem* do autor da herança.

A petição de herança é a ação pela qual o herdeiro pleiteia o reconhecimento judicial de sua qualidade, com fim de recuperar toda ou parte da herança, que encontra-se indevidamente em poder de outrem. Insta destacar que a ação é tanto declaratória, quanto condenatória. O autor ingressa em juízo pleiteando a declaração de reconhecimento da sua condição de herdeiro, bem como a condenação dos coerdeiros que receberam a herança à restituição dos bens que lhe pertencem.¹⁸⁹

Legitima-se a propor a causa aquele que se intitula herdeiro e reivindica este título objetivando obter a restituição da herança, no todo ou em parte. Pode ser o herdeiro, ou testamentário, só não o legatário. Possui também legitimidade ativa, o sucessor do herdeiro, o herdeiro fideicomissário e o cessionário da herança¹⁹⁰. Já a legitimidade passiva é do possuidor dos bens, como se herdeiro fosse, ou aquele que tem a posse dos bens, sem título algum que justifique.¹⁹¹

¹⁸⁷ CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. 3 JORNADA DO DIREITO CIVIL. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015

¹⁸⁸ RODRIGUES. Silvio. *Direito Civil*. 25 ed. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 87

¹⁸⁹ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v 7. p. 140

¹⁹⁰ *Ibidem*. p. 142

¹⁹¹ RODRIGUES. Silvio. *Direito Civil*. 25 ed. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-88

Após o reconhecimento da qualidade hereditária do autor da petição de herança, transmite-se a titularidade do patrimônio deixado em seu favor. Com o trânsito em julgado da sentença que julgou procedentes os pedidos autorais, gera-se o reconhecimento da ineficácia da partilha havida anteriormente, dispensada a sua anulação.¹⁹²

Se a ação foi interposta contra o herdeiro aparente, a sua responsabilidade será regida pelas regras dos artigos 1.214 a 1.222 do Código Civil, pois assim dispõe o artigo 1.826 deste código. Deste modo, deve o herdeiro aparente restituir os bens ao verdadeiro herdeiro com todos os seus acessórios.¹⁹³

Quando interposta em face do terceiro adquirente, necessária é a verificação da validade da alienação feita pelo herdeiro aparente. Quando o terceiro adquirente recebe o bem em doação, este deve ser devolvido ao herdeiro sem delongas, pois o donatário nada perderá a restituir um bem que recebeu de quem não podia doar.¹⁹⁴

Quando os bens forem alienados a título oneroso, o terceiro de boa-fé não será obrigado à restituição. Neste caso, responderá o herdeiro aparente pela restauração dos valores dos bens, esteja ou não de boa-fé, conforme preleciona o artigo 1.827 do Código Civil. Configurada, todavia, a má-fé do terceiro possuidor, caberá a este a obrigação de devolver os bens ao verdadeiro herdeiro.¹⁹⁵

Muito se discutia a respeito da imprescritibilidade da ação de petição de herança. Parte da doutrina sustentava que a ação era imprescritível, porque, conforme sustentava Giselda Hironaka: “[...] a qualidade de herdeiro não se perde, assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção”.¹⁹⁶

¹⁹² FARIAS. Cristiano Chaves de. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70

¹⁹³ GONÇALVES, op. cit., p. 148

¹⁹⁴ Ibidem. p. 148

¹⁹⁵ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v 7. p. 149

¹⁹⁶ HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 196

Em contrariedade a este entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a o Enunciado de Súmula nº 49, dispondo que: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Deste modo, como a lei não estabeleceu prazo menor para a prescrição da ação de petição de herança, institui-se como 10 anos, o prazo de prescrição da referida ação, conforme dispõe o artigo 205 do Código Civil. Este prazo prescricional conta-se a partir da abertura da sucessão e sujeita-se às regras gerais de suspensão e interrupção¹⁹⁷.

Observa-se também, o disposto no art. 198, I do Código Civil, referente à inoccorrência do prazo prescricional contra pessoa absolutamente incapaz, começando este a correr quando o herdeiro completar 16 anos de idade. Dependendo a legitimação do prévio reconhecimento de paternidade, correrá o prazo a partir do momento em que se reconhecer a paternidade, pois será a data em que o direito poderá ser estabelecido.¹⁹⁸

Entende-se, portanto, que a ação de petição de herança é a solução que tem o herdeiro concebido e nascido após a morte do pai para postular seu direito de herança sem comprometer a segurança jurídica dos demais herdeiros do falecido. Deste modo, sendo este filho reconhecido como descendente de primeiro grau do autor da herança, estará em condição de herdeiro necessário a fim de suceder o *de cuius*.

Sendo concebido ou nascido antes do trânsito em julgado da sentença de partilha, integrará o inventário, na condição de herdeiro, conforme disposto no artigo 1.001 do Código de Processo Civil, todavia, nascendo a criança após o trânsito em julgado da sentença de partilha, poderá esta ajuizar ação de petição de herança, no prazo prescricional de 10 anos, contados a partir do fim da sua incapacidade absoluta, qual seja, ao completar 16 anos, e aplicar-se-á todas as regras referentes à restituição dos bens ou dos valores destes, caso tenham sido alienados a terceiros.

¹⁹⁷ GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v 7p. 149

¹⁹⁸ *Ibidem*. p. 151

Assim sendo, ao filho havido por inseminação artificial *post mortem* do doador, será garantido seu direito de pleitear a herança que lhe é devida, em igualdade com os demais filhos do falecido, se houver, pois esta é a solução jurídica mais justa a se aplicar no caso concreto, tendo em vista que resguarda tanto os direitos sucessórios do filho nascido do embrião excedente, quanto dos demais herdeiros do *de cuius*.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou os direitos sucessórios dos filhos havidos por fertilização *in vitro* oriundos de embriões excedentários implantados no útero materno após a morte do pai.

Primeiramente, analisou-se o surgimento das técnicas de reprodução assistida, há mais de 30 anos atrás, impulsionadas pela cobrança social e pelo desejo de casais gerarem filhos com seu material genético, de maneira artificial, tendo em vista que não o conseguiam pelos meios naturais de fertilização.

As técnicas de reprodução assistida, geram embriões excedentes, que não são utilizados de imediato pela mulher receptora e ficam congelados por anos, para uso ulterior do casal. Necessário se fez analisar a situação jurídica destes embriões passando-se pela análise sobre o início da vida e sua inviolabilidade.

Concluiu-se que o embrião criopreservado não é ser humano, e com ele não se confunde, de maneira que a proteção à inviolabilidade da vida não se inicia com a mera junção entre o óvulo e o espermatozoide, necessitando, portanto, ocorrer a implantação deste embrião no útero materno a fim de torná-lo um nascituro, momento em que passa a receber a proteção jurídica do artigo 2º do Código Civil Brasileiro.

Em momento posterior, comparou-se o panorama jurídico referente à utilização e descarte dos embriões criopreservados no Brasil e em alguns países da Europa, utilizando-se da análise de julgados e da literatura jurídica para encontrar a melhor solução para os casos concretos envolvendo estes embriões.

Reconhecido que o embrião após implementado no útero torna-se nascituro, passou-se à discussão acerca da existência ou não de direitos sucessórios destes filhos havidos por inseminação artificial após a morte do pai.

Depois do estudo da literatura jurídica do Direito de Família e Direito das Sucessões, passando-se pelo momento de abertura da sucessão, ordem de vocação hereditária, isonomia constitucional entre os filhos e direito à legítima, e constatou-se que o filho havido após a morte do pai, oriundo do seu material

genético congelado, possui direitos sucessórios, assim como os demais filhos havidos por meios naturais.

Por fim, foi abordado como este filho gozaria do direito à herança, levantando-se as principais hipóteses e concluindo-se que a solução jurídica que traz maior segurança ao filho havido após a morte do pai e aos demais herdeiros é o ajuizamento da ação de petição de herança, formulada até 10 anos após a abertura da sucessão, contados a partir do fim da incapacidade absoluta do herdeiro.

Deste modo, conclui-se que o filho havido por fertilização *in vitro* após a morte do doador não poderá ser excluído da sucessão, ainda que não tenha dispositivo constitucional ou infraconstitucional que o garante este direito de forma expressa.

Insta destacar que não há no presente trabalho nenhum julgado que trate especificamente da sucessão do embrião implantado *post mortem* do doador. Isto porque, apesar de a matéria ser debatida há alguns anos na literatura jurídica, não foi possível localizar julgados específicos nos tribunais pátrios.

Por fim, conclui-se que o legislador brasileiro deve se atentar à necessidade de regularizar a condição dos embriões excedentes no Brasil, tendo em vista que a situação fática perdura há décadas sem qualquer legislação específica, de maneira que se faz necessária a criação de leis que garantam não só os aspectos sucessórios, como constitucionais desses embriões.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA . 7 SisEmbrio: Relatório do sistema nacional de produção de embriões . Brasília, 16 de jun. 2014. p. 2-3. Disponível em:

http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/b3df8a00449b6eb485a4851624d7ec81/7_relatorio.pdf?MOD=AJPERES . Acesso em: 17 mar. 2015

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA. Euclides Benedito de. *Inventários e Partilhas*. 19 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2005

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

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

BRASIL. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em 03 abr. 2015

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Dispõe sobre a política nacional de Biossegurança. Brasília, 2005. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em 23 mar. 2015

BRASIL. *Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 02 abr. 2015

BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 1996. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm> Acesso em 24 mar. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.415.727*. Quarta Turma. Data de julgamento: 04 set. 2014. Data de publicação: 29 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38476255&num_registro=201303604913&data=20140929&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 04 abr. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3 510*. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 29/05/2008. Data de publicação: 28/05/2010. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em 23 mar. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54*. Tribunal Pleno. Data de julgamento: 12 abr. 2012. Data de publicação: 30 de abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em 02 abr. 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Ação Declaratória*. Apelação Cível 20080111493002. 3ª Turma Cível. Relatora: NÍDIA CORRÊA LIM. Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 139. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em 19 mar. 2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação de Indenização por Danos Morais*. Apelação Cível nº 2126606720088260000 SP 0212660-67.2008.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Antonio Carlos Malheiros. Data de Julgamento: 07/08/2012. Data de Publicação: 07/08/2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6081638&cdForo=0&v1Captcha=wwrid>>. Acesso em: 20 mar. 2015

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. 2014

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueredo (coords.) *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/jornada/article/viewFile/2604/2683>>. Acesso em 22 mar. 2015

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. II, III E IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Disponível em : <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 19.57 de. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.013/2013. Disponível em : <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em 22 mar. 2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.013/2013. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>>. Acesso em 21 mar. 2015

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE: Resolução 1/88. Disponível em : <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/resolucoes.htm>. Acesso em: 22 mar. 2015

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DIAS. Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

DINIZ. Débora; AVELINO. Daniel. *Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89102009000300019&script=sci_arttext. Acesso em: 19 mar. 2015

DINIZ. Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das Sucessões*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6

DINIZ. Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1

DUFNER, Samanta Khoury Crepaldi. Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem e a Colisão da Dignidade Humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 22. v. 86, jan/mar.2014

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FARIAS. Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

FLORES, Paulo R. M. Thompson. *Direito Civil Parte Geral: das pessoas, dos bens, e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

FRANÇA, Genival Veloso de. Intervenções fetais : uma visão bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Orgs). *Novos temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 5, Abr./jun. 2000, Síntese, p. 7-28. Disponível em: <[http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/\(Filia_347_343oReprodu_347_343o\).pdf](http://direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Guilherme_Calmon_Nogueira_da_Gama/(Filia_347_343oReprodu_347_343o).pdf)>. Visualizado em 19/03/2015> Acesso em 23 mar. 2015

GASPAR. Pedro João. *Embriões criopreservados excedentários: Que destino dar-lhes?* Disponível em: <<http://www.iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/1111/1/Embri%C3%B5es%20%E2%80%9Cexcedent%C3%A1rios%E2%80%9D%20criopreservados.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2015

GÓES, Winnicius Pereira de. *Transplante e comercialização de órgãos: limites a disponibilidade do corpo humano*. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/31.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GUEDES. Jefferson Carus. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e introdutória dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003

LEAL. Jéssica; MACEDO. Silva. *O direito sucessório e o instituto da fertilização in vitro post mortem de embriões criopreservados*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/31265/o-direito-sucessorio-e-o-instituto-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-de-embrioes-criopreservados>>. Publicado em 08/2014. Acesso em: 19 mar. 2015

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- MANTOVANI, Fernando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, PUC Minas, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos., 1942,
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 91
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NAKAMURA, Milton; TROUSON, Alan; ALBANO, Aulus M.; WOOD, Carl. *Fertilização in vitro e Microcirurgia Tubária*. São Paulo: Livraria Roca, 1984
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito das sucessões*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 6
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das sucessões*. 18 ed. rev. e atu. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 6
- PINTO, Carlos Alberto Pereira. *Reprodução assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em 19 mar. 2015
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte geral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, T.1
- RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil*. 25 ed. Atualização de Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002
- SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética. In: NERY, Junior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2011
- SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excedentários. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Brasília, dez. 2006, ano 14, esp. Ed

SOUSA, Luana Gonçalves de. *Os reflexos sucessórios da inseminação artificial homóloga post mortem*. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>> Acesso em: 03 abr. 2015

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Direito Penal Genérico e a Lei de Biossegurança*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 21 mar. 2015

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

TESTART, Jacques. *A fertilização artificial*. São Paulo: Ática, 1998

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 7

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 6

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1