

INGRID BRENDA DE ALMEIDA SANTANA

FECUNDAÇÃO *POST MORTEM* E O
DIREITO SUCESSÓRIO

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – MINAS GERAIS
2010

INGRID BRENDA DE ALMEIDA SANTANA

FECUNDAÇÃO *POST MORTEM* E O
DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial de obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Alessandra Dias Baião Gomes.

FIC – CARATINGA
2010

*Dedico a duas mulheres
guerreiras e determinadas,
que me ensinaram a ser mulher e criança,
a ser filha, mãe e esposa,
a ter força pra continuar caminhando
mesmos quando minhas forças cessaram.*

Mãe, pelo seu sonho, pelo nosso sonho.

Vó Marina, por sua garra, força e dedicação.

Agradeço a Deus, minha fortaleza.

*As minhas filhas Mariana e Laura e ao Dedéu, pelos
momentos de sossego, carinho e compreensão.*

A minha família, por acreditar em mim.

A professora Alessandra, pelo carinho e paciência.

*Aos meus amigos, novos e antigos, os de perto e os de longe,
pela confiança e pela força nos vários momentos de crise.*

Obrigada a todos que compartilham comigo desta conquista.

RESUMO

O assunto que se pretende investigar é o atinente à “*fecundação post mortem* e o *direito sucessório*”. Para conceituação deste tema, primeiro se faz necessário analisar a fecundação artificial *post mortem*, que é uma técnica conceptiva em que ainda não há embrião no momento do falecimento do cônjuge ou do companheiro. Contudo, mesmo depois da morte, de acordo com o art. 1.597, IV do Código Civil de 2002, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos “havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. Porém, por outro lado, no art. 1.798 do Código Civil, levam-se em conta a existência simultânea entre o herdeiro concebido e o autor da sucessão, o que, em tese, excluiria o nascido após a morte do autor da herança, mediante fecundação artificial, sem que tenha havido prévia concepção antes da abertura da sucessão. Neste sentido, percebe-se polêmica em definir qual a qualificação jurídica do nascido, mediante procriação artificial, ocorrida após a morte do autor da herança. Seria possível, então, a aquisição de direitos sucessórios para filhos concebidos por fecundação artificial homóloga, ainda que depois da morte do doador do sêmen, já que a lei o admite como descendente? Como ficaria então a segurança e a estabilidade das relações jurídicas? Devido à tamanha repercussão, tem-se a necessidade da reflexão se haveria realmente o vínculo de parentesco com o titular do material genético fornecido para determinar a capacidade de suceder da criança concebida por tal técnica.

Palavras chave: fecundação artificial homóloga *post mortem*; herança; direito sucessório; segurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPITULO I – DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL	14
1.1 – Fertilização in vitro	15
1.2 – Inseminação Artificial.....	17
1.2.1 – Inseminação Artificial Homóloga.....	19
1.2.2 – Inseminação Artificial Heteróloga.....	20
CAPITULO II – DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	22
2.1 – A Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito.....	23
2.2 – A Segurança Jurídica no Direito Sucessório	24
CAPÍTULO III – A SUCESSÃO E OS DIREITOS DO NASCITURO	27
3.1 – A Aquisição da Personalidade e os Direitos do Nascituro	28
3.2 – A Ordem Sucessória e a Fecundação Assistida Post Mortem	31
3.3 – Análise do Código Civil de 2002.....	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERENCIAS	41
ANEXOS	44

INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o tema “*fecundação post mortem e o direito sucessório*”. Neste propósito tem como objetivo analisar a possibilidade de benefício da própria prole eventual, decorrente da reprodução artificial homóloga *post mortem* no tocante a realização da reprodução mecanicamente assistida. Sendo assim, levanta-se como problema a possibilidade da aquisição de direitos sucessórios para filhos concebidos por fecundação artificial homóloga depois da morte do doador do sêmen.

Apresentamos como metodologia a confecção de pesquisa de legislação correlata ao assunto e de fundamentos doutrinários para sustentação e argumentação da presente pesquisa, haja vista a necessidade de explicação de cunho legal e bibliográfico, conceitos e pressupostos sobre a reprodução mecanicamente assistida com material genético homólogo.

As idéias são sustentadas por Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, marco teórico da presente monografia, cuja tese central é a necessidade de se estabelecer um tempo determinado para a utilização do sêmen crioconservado, evitando assim uma insegurança jurídica no ordenamento.

Foi encontrada a confirmação da hipótese que caberia o direito sucessório do herdeiro proveniente de reprodução homóloga *post mortem*, equiparando-o aos demais herdeiros, embora ainda haja a necessidade de manifestação do prazo prescricional em lei ou via testamentária pelo autor da herança ou ainda a analogia ao art. 1.800, §4º do Código Civil para que seja realizada a reprodução assistida.

Como ganho jurídico desta monografia, tem-se a busca pela definição dos direitos sucessórios de filho havido pela reprodução artificial *post mortem* e os demais herdeiros constituídos ao longo da vida do autor da herança. No tocante ao ganho social, é fundamental questionar a segurança jurídica havida no ato da abertura da sucessão sem prejudicar os interesses dos herdeiros de fato, ao mesmo tempo em que é fundamental o resguardo da igualdade em nossa sociedade. Já no ganho pessoal a presente pesquisa é de fundamental importância, não só para o futuro profissional de direito, pois constitui uma forma de enriquecer o conhecimento, mas também a possibilidade de uma visão mais ampliada de um tema

extremamente polêmico e contemporâneo como o abordado, sobre fecundação artificial, considerando as lacunas deixadas em nosso ordenamento a partir dos novos avanços da Biomedicina.

Esta monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Da Fecundação Artificial”, pretende-se destacar as diferenças de se fazer uma fertilização *in vitro* ou uma inseminação artificial, e de se utilizar material genético homólogo ou heterólogo, ou seja, as espécies e possibilidades de uma reprodução mecanicamente assistida.

O segundo capítulo, denominado “Da Segurança Jurídica” trata da necessidade de se satisfazer a segurança jurídica do ato em questão, tanto no Estado Democrático de Direito quanto no Direito Sucessório, para que se tenha um ato jurídico perfeito.

E, por fim, o terceiro capítulo, “A Sucessão e os Direitos do Nascituro”, analisa como se dará a personalidade jurídica do nascituro bem como os seus direitos de ordem sucessória, analisando as possibilidades e inviabilidades descritas no Código Civil sobre a fecundação *post mortem*. Deste modo, a ampla análise dos resultados da pesquisa possibilitou a confirmação da hipótese da pesquisa em epígrafe.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Vista a importância da temática acerca da reprodução humana mecanicamente assistida, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais, com o objetivo de esclarecer pontos de um universo de novidades muito delicadas para o mundo jurídico.

Com esse propósito, devemos considerar conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “fecundação artificial homóloga *post mortem*”, o instituto da “herança”, as noções jurídicas e doutrinárias de “direito sucessório” e “segurança jurídica”.

A fecundação artificial ou reprodução mecanicamente assistida é um gênero do qual existem duas espécies – a fertilização *in vitro* ou na proveta e a inseminação artificial, que podem ser homóloga ou heteróloga. Nesse sentido:

A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção in vivo, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A outro giro, na fertilização na proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo à implantação de embriões já fecundados. Ambas as modalidades técnicas podem se concretizar de forma homóloga ou heteróloga. Naquela (homóloga), utiliza-se material genético do próprio casal interessado, com a expressa anuência de ambos. Nesta (heteróloga), há utilização de material genético de terceiro (doador de sêmen, por exemplo).¹

As mais modernas técnicas de inseminação artificial permitem a criopreservação – ou crioconservação é um processo onde células ou tecidos biológicos são preservados através do congelamento a temperaturas muito baixas, tipicamente – 192 °C (ponto de ebulição do nitrogênio líquido)² – de sêmen, óvulos ou embriões por tempo indefinido, sem prejuízo da qualidade para a procriação. Quanto à fertilização homóloga *post mortem*, entende-se por técnica de reprodução que se utiliza do sêmen do marido para a fecundação. Como já dissemos

¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

² WIKIPEDIA, A Enciclopédia Livre. *Criopreservação*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/criopreservação>. Acesso em: 25 de nov. de 2010.

anteriormente, o sêmen pode ser armazenado à utilização futura, podendo então ocorrer após a morte do marido.³

No que diz respeito à herança é o “patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do *de cujus*”.⁴ Podemos citar ainda o conceito dado pelo Dicionário Técnico Jurídico que a herança é

Patrimônio passivo e ativo ou a totalidade dos bens deixados pelo “*de cujos*”, assim como direitos e obrigações, que se transmitem aos seus sucessores legítimos. Não se divide até o momento da partilha. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança passam aos herdeiros legítimos e testamentários.⁵

Nesse sentido, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves também explica que

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e as ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e o passivo (CC, arts. 1.792 e 1.997). Os bens incorpóreos não se enquadram no termo “domínio”. Daí a sua correta substituição, no dispositivo em apreço, pela palavra “herança”.⁶

Ademais, no que tange ao Direito das Sucessões, Antônio Carlos Mathias Coltro, cita Carlos Maximiliano

Direito das Sucessões, em seu sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido subjetivo, mais propriamente se

³ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade, aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 77 - 79.

⁴ CENTRAL JURÍDICA, Doutrinas. *Direito Civil, da sucessão em geral*. Disponível em: http://www.centraljuridica.com/doutrina/141/direito_civil_da_sucessao_em_geral.html. Acesso em: 17 de mai. de 2010.

⁵ GUIMARÃES, (Org.) Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, p. 343.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 14.

diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.⁷

Para Carlos Roberto Gonçalves a palavra sucessão, em sentido amplo, é “o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”⁸ e que no direito das sucessões este vocábulo é empregado em sentido estrito, sendo utilizado

para designar tão-somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores.⁹

A segurança jurídica, fundamental no caso abordado pela presente monografia, é para Osvaldo Ferreira de Melo

A necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica sejam efetivos. (...) é preciso que os instrumentos coercitivos do estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada.¹⁰

Encontramos na doutrina de Miguel Reale, que acerca do tema segurança é necessário observar a existência de algo subjetivo, um sentimento, uma atitude psicológica e fazer uma distinção necessária:

Há, pois, que distinguir entre o “sentimento de segurança”, ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de

⁷ HINORAKA, (Org.) Giselda Maria Fernandes Novaes. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Direito das Sucessões. Transmissão do Acervo Hereditário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 27.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

⁹ *Ibidem*, p. 01 - 02.

¹⁰ MELO. Osvaldo Ferreira de. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 38.

providências instrumentais capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia.¹¹

Conclui ainda que certeza e segurança formam uma díade inseparável:

Se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”.¹²

Por fim, entende-se que após a análise destes conceitos centrais, serão esclarecidos pontos necessários ao entendimento do presente trabalho.

¹¹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86.

¹² REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

CAPITULO I – DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL

Iniciando-se os trabalhos de pesquisa para a presente monografia, verifica-se a necessidade de entender melhor o que significa a fecundação artificial ou reprodução mecanicamente assistida. De maneira generalizada, pode-se dizer que a fecundação artificial é uma moderna técnica que permite a procriação humana por meio de procedimentos laboratoriais.

Essas técnicas de reprodução assistida permitem a criopreservação de sêmen, óvulos ou embriões por tempo indefinido, sem prejuízo da qualidade para a procriação humana. A fecundação artificial é um gênero do qual existem duas espécies – a fertilização *in vitro* ou na proveta e a inseminação artificial, que podem ser homóloga ou heteróloga¹³, descrito ao longo deste capítulo.

Essas duas modalidades são diferentes e trazem a tona inúmeras questões sobre os aspectos morais, filosóficos, sociais e jurídicos da procriação humana. Ao se falar em hereditariedade biológica da criança concebida, levando em consideração a modalidade de cada técnica utilizada, tem-se consequências também no mundo jurídico.

Sendo a família uma união (estável ou matrimonial) de um homem e de uma mulher e de sua descendência, a ausência de filhos pode implicar em fragilidade na estrutura familiar e influencia muito na relação do casal podendo até ocorrer uma separação, por acreditarem que o problema da esterilidade seja do outro.

Uma fecundação artificial realizada dentro da união conjugal – seja ela matrimonial ou estável – permite a presunção legal prevista no art. 1.597 do Código Civil de 2002, pois, neste caso, “coincide a paternidade biológica e a legal”¹⁴. Não há dúvidas de que o filho de uma pessoa, nascido por meio de qualquer das técnicas de reprodução assistida, terá os mesmos direitos e deveres dos demais filhos dessa pessoa. Para poder herdar, de acordo com o art. 1.798 do Código Civil, basta que tenha sido concebido ao tempo da abertura da sucessão, que venha a nascer com vida e que seja filho do *de cuius*, ou que seja indicado pelo testador ao tempo da

¹³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

¹⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade, aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 72.

abertura da sucessão. Ocorre que uma questão vem à tona no direito sucessório, quando tratamos do embrião concebido e criopreservado e analisaremos esta questão ao longo deste trabalho.

De acordo com Carlos Alberto Ferreira Pinto:

Muito embora o Conselho Federal de Medicina tenha previsto na resolução 1.358/92 que no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, trata-se de norma ética de conduta médica, para utilização das técnicas de reprodução assistida e não de uma norma jurídica. Em março de 2005 foi publicada a Lei 11.105, denominada Lei de Biossegurança. Esta lei não veio a regulamentar a matéria, apenas estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados.¹⁵

A Lei nº 11.105 de março de 2005, chamada Lei de Biossegurança, estabelece que o embrião criopreservado seja mantido pelo prazo de três anos, ao final deste prazo, o médico deve notificar o casal para que declare a sua vontade de utilizá-lo novamente, “não havendo interesse, o embrião será encaminhado para pesquisas com células-tronco”¹⁶. Com isso, se evita o descarte do material genético não utilizado.

1.1 – Fertilização in vitro

O desenvolvimento das técnicas de Reprodução Assistida (RA) trouxe uma possibilidade real aos casais com problema de infertilidade, ajudando-os a realizar um dos mais antigos desejos da humanidade, ter filhos. Pedrosa Neto explica que

¹⁵ PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*.

Disponível em http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Sucessão Acesso em: 23 de fev. de 2010.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 571 - 572.

A partir do conhecimento adquirido com a experimentação animal e a evolução do conhecimento científico na área reprodutiva humana, evoluiu-se da Inseminação Artificial (IA) às atuais técnicas de Fertilização *in vitro* com transferência de embrião (FIV).¹⁷

Podemos ressaltar que esta técnica é normalmente utilizada por casais, ou seja, o material genético utilizado pertence ao casal envolvido no procedimento.

A Fertilização *In Vitro* (FIV) ou na proveta, como já dissemos, é uma espécie de reprodução mecanicamente assistida. É uma “concepção laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo implantação de embriões já fecundados”¹⁸, ou seja, é uma técnica mais moderna, onde é feito um procedimento no qual se permite que o material genético feminino e masculino seja colhido. A manipulação dos gametas é feita no próprio laboratório, pelos profissionais de medicina. A concepção do embrião humano acontece fora do corpo feminino e depois é implantado no útero materno. Apenas alguns destes embriões são implantados, os demais mantidos criopreservados, ou seja, resfriados e congelados, para posterior utilização no caso de haver insucesso do procedimento.

Esta técnica mais avançada permite o diagnóstico genético realizado durante a fase embrionária *in vitro*

permite identificar alterações cromossômicas nos embriões antes de os mesmos serem transferidos para a cavidade uterina. O avanço tecnológico permite a realização do procedimento com segurança para o desenvolvimento da futura criança. É importante destacar que, na fase de desenvolvimento embrionário, cada blastômero pode originar um novo embrião.¹⁹

A Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.358/92²⁰, regula que as técnicas de RA têm a única finalidade de avaliar a viabilidade embrionária ou diagnosticar e tratar doenças genéticas e/ou hereditárias de alta prevalência, desde que haja “garantias reais de sucesso na intervenção, sendo obrigatório o

¹⁷ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 115.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

¹⁹ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 121.

²⁰ Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.358/92, anexa.

consentimento informado do casal sobre todos os procedimentos a serem utilizados”²¹.

É comum o profissional de medicina deixar alguns embriões excedentes, sem implantá-los, mas a Resolução CFM nº 1.358/92 regulamenta que

os embriões excedentários obtidos através de FIV, após transferência a fresco, não podem ser descartados. Autoriza sua criopreservação, para posterior transferência em caso de insucesso, desejo da mulher ou do casal de ter uma nova gravidez ou mesmo para doação. Como não é possível determinar quantos óvulos serão fecundados em cada ciclo de punção folicular, e considerando-se o fato de transferência estar limitada a quatro embriões, a solução foi a criopreservação, devendo o casal conhecer o número de embriões a ser congelados e expressar, por escrito, o destino dos mesmos em caso de divórcio, doença grave ou morte de um ou ambos os membros do casal.²²

E ainda limita a “14 dias após a fertilização o tempo máximo de desenvolvimento embrionário *in vitro*”²³, pois depois desse prazo começa a formação do tubo neural e inicia-se a formação do sistema nervoso central.

Como já destacado toda essa regulamentação trata-se de norma ética de conduta médica, para utilização das técnicas de reprodução assistida e não de uma norma jurídica.

1.2 – Inseminação Artificial

Como já pôde ser observada anteriormente, a inseminação artificial foi o primeiro método utilizado para a reprodução humana assistida; e a partir da possibilidade deste método se desenvolveu a fertilização *in vitro*. Este método é um procedimento “em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher,

²¹PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 120.

²²Ibidem, p. 120.

²³Ibidem, p. 121.

onde ocorrerá a fecundação”²⁴. O objetivo é “depositar os espermatozóides, após um processo de melhoramento, no local onde normalmente ocorre a fecundação (nas trompas)”²⁵.

Considerando que esta técnica é, na maioria das vezes, utilizada por pessoas que querem ter filhos independentes, principalmente mulheres, e que o material é doado por terceiros, há forte entendimento que as

técnicas de RA não devem ser utilizadas como uma maneira alternativa de substituição da reprodução natural através do sexo. As técnicas de RA são aceitáveis apenas com o objetivo de corrigir problemas de infertilidade ou esterilidade do homem, da mulher ou do casal.²⁶

E ainda, a Resolução CFM nº 1.358/92 proíbe que a reprodução medicamente assistida seja utilizada

com o objetivo de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças genéticas ligadas ao sexo. Proíbe a experimentação sobre os embriões obtidos e a redução embrionária em casos de gravidez múltipla.²⁷

Portanto, a doação de material genético só é indicada em casos que

um ou ambos os componentes do casal não possuem gametas, ou nos casos em que uma doença genética pode ser transmitida com alta frequência para seus descendentes. A paternidade, a maternidade e a família podem ser estabelecidas, legal e eticamente, sem nenhum vínculo genético.²⁸

²⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

²⁵ CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA, Prof. Franco Junior. *Técnicas*. Disponível em <http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=12&texto=15> Acesso em: 15 de set. de 2010.

²⁶ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.117.

²⁷ *Ibidem*, p. 117.

²⁸ *Ibidem*, p. 117.

Tanto o é, que a própria Lei Civil e a Constituição da República de 1988 confirmam, pelo instituto da adoção, que a família pode ser constituída sem vínculo genético.

Sendo assim, uma inseminação realizada dentro da união conjugal – seja ela matrimonial ou estável – permite a presunção legal prevista no art. 1.597 do Código Civil de 2002, pois, neste caso, “coincide a paternidade biológica e a legal”²⁹, como preceitua Juliane Fernandes de Queiroz.

1.2.1 – Inseminação Artificial Homóloga

A fecundação artificial e suas espécies podem ser concretizadas de forma homóloga, ou seja, “utiliza-se material genético do próprio casal interessado, com a expressa anuência de ambos”³⁰. A princípio, é necessário ressaltar que a fecundação homóloga pode ocorrer por fecundação artificial *in vitro* e por inseminação artificial.

A primeira hipótese consiste na coleta do material genético do casal, em que a manipulação dos gametas é feita em laboratório, ou seja, a concepção é laboratorial e somente depois do procedimento é implantado o embrião no corpo feminino. Este procedimento é comumente utilizado para o diagnóstico e prevenção de doenças hereditárias e genéticas.³¹

A outra modalidade de se viabilizar a fecundação homóloga é pela inseminação artificial, procedimento pelo qual se utiliza o material genético do marido ou companheiro, e depois de potencializado é implantado diretamente na cavidade uterina, ocorrendo assim, a concepção dentro do corpo da mulher.³²

Ressalva-se ainda que a probabilidade de êxito em ambas as espécies de fertilização artificial é a mesma e que em ambos os casos é necessário o consentimento expresso do casal interessado.

²⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade, aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 77.

³⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

³¹ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.121.

³² *Ibidem*, p. 121.

Em se tratando da fecundação artificial homóloga ocorrida após a morte do marido doador do sêmen, mesmo estando silente a legislação, entende-se que é de todo necessário a sua autorização. Com isso, foi consolidado entendimento no Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil

no sentido de exigir, para a incidência da presunção de paternidade, que “a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utiliza seu material genético após sua morte”. Descumpridas tais prescrições, não incidirá a presunção *pater is est*.³³

Desta forma, a partir do que se transcreveu no Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil, a autorização é necessária para impedir complicações na esfera jurídicas.

1.2.2 – Inseminação Artificial Heteróloga

Como já observado, a fecundação artificial tem duas espécies, que podem se dar por inseminação artificial homóloga e também heteróloga. Na inseminação artificial heteróloga utiliza-se “material genético de terceiro (doador de sêmen, por exemplo)”³⁴.

A inseminação artificial heteróloga é um método indicado àquelas pessoas que por alguma razão têm dificuldade ou impossibilidade de procriação natural (mecanismo sexual). Neste sentido:

A doação de gametas está indicada nos casos em que um ou ambos os componentes do casal não possuem gametas, ou nos casos em que uma doença genética pode ser transmitida com alta frequência para seus descendentes. A paternidade, a maternidade e a família podem ser

³³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 575.

³⁴ *Ibidem*, p. 570.

estabelecidas, legal e eticamente, sem nenhum vínculo genético. O exemplo maior para essa afirmação é o instituto da adoção, garantida pela Lei e pela Constituição Federal.³⁵

A inseminação artificial heteróloga possui como particularidade o envolvimento de um terceiro no processo, que mesmo figurando como doador do sêmen fica garantido pela Resolução do Conselho Federal de Medicina seu anonimato, bem como a gratuidade da doação.

A Resolução CFM nº 1.358/92 estabelece a gratuidade da doação e o anonimato dos doadores e receptores de gametas e pré-embriões. Estabelece, ainda, que em situações especiais ditadas por necessidade médica as informações clínicas do doador podem ser fornecidas, resguardando-se, no entanto, sua identidade.³⁶

O propósito de tal resolução é evitar que se crie qualquer vínculo entre doador e receptor, e, por conseguinte, constrangimentos futuros.

A manutenção do anonimato entre doadores e receptores é de fundamental importância no sentido de evitar-se, no futuro, complexas situações emocionais e legais entre doadores e receptores, com repercussões no desenvolvimento psicológico das crianças nascidas através desse procedimento.³⁷

A inseminação artificial heteróloga, de igual forma à inseminação artificial homóloga, ocorre por duas hipóteses, qual sejam fertilização *in vitro* e a inseminação artificial, como já analisado anteriormente, diferindo-se do procedimento homólogo apenas pelo fato de se utilizar material genético de um terceiro.

³⁵ PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p.117.

³⁶ *Ibidem*, p. 118.

³⁷ *Ibidem*, p. 118.

CAPITULO II – DA SEGURANÇA JURÍDICA

Vale ressaltar que o presente estudo tem como finalidade abordar a fecundação *post mortem* e o direito sucessório, no âmbito do ordenamento jurídico e, por isso, se faz necessário o entendimento da segurança jurídica, que é fundamental neste caso, e é compreendida como

a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica sejam efetivos. (...) é preciso que os instrumentos coercitivos do estado sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada.³⁸

Portanto, a segurança jurídica depende da obrigatoriedade do direito, como discorre o doutrinado Miguel Reale acerca desta obrigatoriedade e da vigência do Direito afirmando que:

A ideia de justiça liga-se intimamente a ideia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.³⁹

Assim sendo, percebemos que a obrigatoriedade do direito compõe a segurança jurídica, estando ainda vinculada ao valor de justiça da sociedade. A partir disto, temos a necessidade de esclarecer esta segurança no estado democrático de direito e também no direito sucessório, tema base deste trabalho.

³⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 38.

³⁹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 171.

2.1 – A Segurança Jurídica no Estado Democrático de Direito

Ao analisar o conceito puro de Democracia percebemos que é um “regime político, que teve seu início na Grécia antiga”.⁴⁰ Sendo assim, o Brasil é um Estado Democrático de Direito e são três os poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, que são autônomos e harmônicos entre si, com um poder que emana do povo e que age através de seus representantes eleitos⁴¹, com o fim de atingir o bem comum para sociedade.

Desta maneira, temos que o “Princípio da Segurança Jurídica se encontra intensamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, podendo ser considerado inerente e essencial a ele”.⁴²

Assim preceitua José Joaquim Gomes Canotilho:

Estado de direito garante a segurança e a liberdade. É isso. Através de um conjunto de princípios jurídicos procura-se estruturar a ordem jurídica de forma a dar segurança e confiança às pessoas. A experiência comum revela que as pessoas exigem viabilidade, clareza, racionalidade e transparência aos atos dos poderes públicos, de forma a poderem orientar a sua vida de forma segura, previsível e calculável. Das regras da experiência derivou-se um *princípio geral da segurança jurídica* cujo conteúdo é aproximadamente este: as pessoas — os indivíduos e as pessoas coletivas — têm o direito de poder confiar que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou em atos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.⁴³

Porém se destaca, com base na problemática do presente trabalho, que “a democracia moderna oferece problemas capitais”⁴⁴, pois o legislador deve atender aos anseios sociais ao elaborar as normas, englobando o princípio da segurança jurídica. Mas com a falta de normatização em alguns casos, como o apresentado,

⁴⁰ GUIMARÃES, (Org.) Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, p. 567.

⁴¹ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da república Federativa do Brasil. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴² CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. *O princípio da segurança jurídica*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 118, 30 out. 2003.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>>. Acesso em: 29 set. 2010.

⁴³ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coleção Fundação Mário Soares. Valores 7. 1 ed., Lisboa: Gradiva, 1999.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, p. 203.

perde-se o sentimento de segurança, pois não há normas vigentes e válidas no ordenamento jurídico brasileiro que viabilize a resolução da problemática apresentada, ou seja, a possibilidade de benefício da herança para a própria prole eventual decorrente da reprodução artificial homóloga *post mortem*.

2.2 – A Segurança Jurídica no Direito Sucessório

A segurança jurídica é princípio fundamental para a aplicação do Direito e para o Estado Democrático de Direito. Este estudo tem por fim priorizar, sobretudo quanto ao Direito Sucessório, assegurar aos herdeiros seus direitos frente a sucessão e partilha dos bens.

A sucessão se dá decorrente ao falecimento de alguém, cujo seu patrimônio será transmitido aos seus sucessores. Carlos Roberto Gonçalves cita o conceito de Clóvis Beviláqua, onde esclarece que a sucessão no direito é “o complexo dos princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir”⁴⁵. Portanto, eis a importância do instituto da sucessão no ordenamento, pois alguém deixa de existir, mas seus bens continuam, não só bens materiais, como também os intelectuais, as dívidas e as suas intenções de ação quando ainda vivo.

Assim sendo, ao tratar-se da segurança jurídica no direito sucessório é necessário observar a existência de “algo subjetivo, um sentimento, a atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas”.⁴⁶

É necessário o entendimento da Ordem de Vocação Hereditária, previsto no Código Civil Brasileiro, para identificar onde se apresenta a segurança ou insegurança jurídica no ordenamento:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 02.

⁴⁶ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 86.

separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
 II – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge;
 III – ao cônjuge sobrevivente;
 IV – aos colaterais.⁴⁷

Percebe-se que este artigo não faz menção a prole eventual do próprio *de cujus* como herdeiro legítimo, mas em outro momento, indica que é perfeitamente possível a utilização de técnicas de reprodução humana e que os filhos nascidos por meio de tais técnicas são considerados filhos legítimos do casal.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; (*grifos nossos*).⁴⁸

E ainda o Código Civil demonstra uma incoerência ao afirmar em seu art. 1.798 que somente se legitimam a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”⁴⁹

Neste momento percebe-se a presença do Princípio da Coexistência, que implica em o herdeiro ou legatário ter que sobreviver ao *de cujus*. Carlos Maximiliano, citado por Carlos Roberto Gonçalves explica bem este princípio:

Herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o *nada* não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, *coexistirem* hereditando e herdeiro, testador e legatário.⁵⁰

⁴⁷ VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

Eis que é possível perceber claramente a finalidade de tal princípio, mas com a evolução das técnicas de reprodução humana, tem-se uma incoerência entre os artigos do Código Civil, citados anteriormente, causando uma insegurança jurídica aos que recorrem às técnicas de reprodução assistida.

CAPÍTULO III – A SUCESSÃO E OS DIREITOS DO NASCITURO

Tema base deste trabalho, o entendimento do instituto da sucessão no caso de fecundação artificial *post mortem* é imprescindível. Como foi visto anteriormente, a sucessão é um “ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”⁵¹. No entanto, o direito das sucessões tem este vocábulo empregado de maneira mais estrita como bem explica o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, que a palavra sucessão é empregada

para designar tão-somente a decorrente morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança e seus sucessores.⁵²

No direito sucessório, a regra é a legitimidade passiva e o art. 1.798 do Código Civil dispõe genericamente que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”⁵³, ressalvado o direito do nascituro.

Segundo Silvio Rodrigues,

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.⁵⁴

Sendo assim, guardados os direitos do nascituro, para a abertura da sucessão, além do fato de ter ocorrido à morte do autor da herança, é necessária

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p 01.

⁵² *Ibidem*, p. 02.

⁵³ VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

também a verificação da vocação hereditária para garantir o direito sucessório entre os filhos.

3.1 – A Aquisição da Personalidade e os Direitos do Nascituro

O Código Civil dispõe, em seu art. 2º, que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”⁵⁵. O presente trabalho trata de um tema bastante polêmico e torna imprescindível entender melhor como é adquirida a personalidade da pessoa humana e quais os direitos do nascituro.

O doutrinador César Fiuza nos ensina a grande diferença entre sujeitos de direito e pessoa, onde as pessoas, naturais ou jurídicas, são sujeitos de direito mais não possuem personalidade.

Como regra, os sujeitos dos direitos têm como característica fundamental a personalidade. Mas nem sempre é assim. Há alguns sujeitos de direitos despidos de personalidade. Em outras palavras, são sujeitos de direito e deveres por expressa força de lei, isto é, porque dotados de direitos e deveres pelo ordenamento. Exemplo seria o nascituro, ou seja, o feto em desenvolvimento. Não é pessoa, mas possui direitos desde a concepção, por força do art. 2º do Código Civil. Vemos, pois, que são idéias distintas: sujeito de direito e pessoa. Toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito será pessoa. Sujeito de direito é todo ente ao qual se conferem direitos e deveres, é um centro de imputação de direitos e deveres. Pode ser uma pessoa, física ou jurídica, ou não.⁵⁶

Para melhor esclarecimento, se faz necessário verificar a acepção jurídica dos termos pessoa e sujeito de direito, como preceitua a doutrinadora Maria Helena Diniz, que “pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações”⁵⁷, sendo “sujeito de direito aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma

⁵⁵ VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁶ FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 121.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, teoria geral do direito civil*. 25 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico”⁵⁸.

A personalidade, portanto, começa no momento do nascimento com vida e permanece com a pessoa por toda a existência desta, que só a perderá com a morte. “Todo ser humano é pessoa, do momento em que nasce, até o momento em que morre. Nunca uma pessoa poderá perder a personalidade”⁵⁹. De acordo com a legislação pertinente e a doutrina de Fiuza, um dos critérios para se determinar o momento da morte é a respiração. Portanto é necessário um breve entendimento do fato de se determinar se uma criança nasceu morta ou morreu após o parto, principalmente para atentarmos a importância de determinação, se necessário, de sua linha sucessória.

Imaginemos A e B, marido e mulher. Durante a gravidez de B, A vem a falecer. Seu herdeiro natural e necessário seria seu filho, ainda no ventre. Como ainda está para nascer, considera-se nascituro, não possuindo personalidade. Sua situação, seus direitos presentes e eventuais são, porém, preservados. Não por ser pessoa, mas por ser pessoa em potencial e sujeito de direitos. Dessarte, a herança de seu pai só será atribuída aos herdeiros após o nascimento do nascituro. Nascendo este, ainda que tenha dado só uma leve inspirada de ar, terá vivido e, portanto, adquirido personalidade. Sua será a herança, que transmitida a sua herdeira, a saber, sua mãe. Mas se nascer sem vida, a herança de A será atribuída a seus ascendentes, em concorrência com B, uma vez que seu filho não adquiriu personalidade, nada havendo herdado.⁶⁰

O nascituro, portanto, não é pessoa e, conseqüentemente, não tem personalidade, mas é um feto em gestação, com potencial de nascer com vida e, por isso, tem seus direitos resguardados, sendo um sujeito de direito.

Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer. Exemplo seria os direitos hereditários. No momento em que uma pessoa morre, deixando um nascituro como herdeiro eventual, não se pode falar em direitos hereditários. O que existe é uma

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, teoria geral do direito civil*. 25 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

⁵⁹ FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 122.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 123.

situação em que certa herança poderá vir a ser atribuída a um nascituro, que, caso venha a nascer com vida, adquirirá os direitos hereditários.⁶¹

E prossegue o autor em defesa do nascituro:

Se há um centro de interesses, há sujeitos, titulares dos interesses. Se o titular não pode ser o nascituro, o morto, os animais ou as plantas, por não serem pessoas, será a coletividade. A situação jurídica do nascituro será, assim, integrada por todos e por cada um de nós que temos interesse em proteger o nascituro, por estarmos, desse modo, protegendo a nós mesmos e a nossa descendência.⁶²

Com os avanços tecnológicos da medicina, com a possibilidade de crioconservarmos embriões, as questões do nascituro tornam-se ainda mais complexas. Se um óvulo é fertilizado *in vitro*, tema base deste trabalho, mas não é implantado no útero, não se trata de um nascituro, “apesar de, sem dúvida alguma, haver vida humana, esta estaria apenas concebida, mas não em formação, uma vez que, para isso, seria necessário o ambiente adequado, ou seja, o útero materno”⁶³.

Assim, sendo os embriões são considerados pela doutrina como ser concebido, mas que ainda não está em formação e não tem personalidade, é preciso o estudo da Vocação Hereditária, entendida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka como:

A sucessão pressupõe ainda a vocação hereditária, que pode ter sido instituída pelo *de cuius* quando em vida (fonte imediata), de forma ampla ou restrita, conforme seu testamento tenha abarcado a totalidade ou apenas parte de seu patrimônio. Essa possibilidade decorre do poder de designar herdeiros, poder que encontra, no mais das vezes, limitação na legislação ou nos costumes. O não exercício do poder de designar herdeiros não acarreta a ausência do pressuposto da vocação hereditária, uma vez que há disposição legal supletiva a suprir a vontade do autor da herança, segundo critérios presumidos pelo legislador, que indicariam a quem o autor da herança gostaria de transmitir o seu patrimônio caso tivesse podido testar (fonte mediata).⁶⁴

⁶¹ FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 126.

⁶² *Ibidem*, p. 126.

⁶³ *Ibidem*, p. 127.

⁶⁴ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 02.

Portanto, será analisada a evolução científica na manipulação de material genético e a problemática apresentada pelas lacunas do Direito Civil Brasileiro no tocante a ordem sucessória e uma hipótese de solução.

3.2 – A Ordem Sucessória e a Fecundação Assistida *Post Mortem*

A ordem de vocação hereditária, ou ordem sucessória, é “a ordem pela qual a Lei chama, convoca, os herdeiros do morto a herdar. Fala-se em ordem de vocação hereditária apenas quando se cuida de sucessão legítima”⁶⁵. São cinco ordens de sucessão legítima: descendentes, ascendentes, cônjuge supérstite, colaterais e poder público⁶⁶. Sendo que, a este estudo, interessa apenas o que se refere aos descendentes.

A regra geral de sucessão está expressa no art. 1.798 do Código Civil “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”⁶⁷. Essa regra encontra exceção quanto ao nascituro como preceitua Carlos Roberto Gonçalves que

os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento. Podem, com efeito, ser indicados para receber deixo testamentária.⁶⁸

E prossegue o autor:

Os direitos que lhes são assegurados encontram-se em estado potencial, sob condição suspensiva. Para resguardá-los pode a mulher que está

⁶⁵ FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1011.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 1011 - 1012.

⁶⁷ VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

gerando requerer ao magistrado competente um curador: o *curator ventris* (curador ao ventre).⁶⁹

Outra forma de suceder legitimamente é por via testamentária, usada como uma das formas de hipóteses para a resolução da problemática apresentada, pois de acordo com o art. 1.799 do Código Civil:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

II – as pessoas jurídicas;

III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob forma de fundação.⁷⁰ (*grifos nossos*).

O artigo prescrito indica outras pessoas além das já existentes ou já concebidas, contradizendo com o art. 1.798, que trata dos que podem ser contemplados “de forma genérica e abrangendo herdeiros legítimos, testamentários e legatários”⁷¹, afirmando que só poderá suceder os nascidos ou já concebidos. O inciso I permite que os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, possam herdar, não trata mais do nascituro, mas sim de um indivíduo que ainda não foi concebido.

Em relação à inseminação artificial homóloga, com a evolução científica na manipulação de material, no tocante à filiação, não há discussão, visto que o material genético fornecido é oriundo do próprio casal interessado no projeto parental. O art. 1.597, inciso III do Código Civil assegura a filiação da criança gerada, independente de quando ocorrer o nascimento, muito embora o texto legal tenha omitido a União Estável. Neste caso, o reconhecimento dos filhos poderá se dar por via de qualquer das hipóteses legais.

Com relação à inseminação artificial *post mortem*, a esposa (ou companheira) será inseminada após a morte do marido (ou companheiro) e, neste caso, no campo

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

⁷⁰ VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

sucessório, surgem controvérsias a respeito do tema. Questiona-se a capacidade sucessória da criança nascida no caso de inseminação póstuma, visto que a criança será concebida posteriormente a morte do pai.

Certamente a questão é controvérsia. Dada a carência de regulamentação, ocorre o choque entre a determinação da presunção de paternidade, dos filhos concebidos a qualquer tempo, e da norma que prevê que a abertura da sucessão se dá com a morte, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros, pelo Princípio da Saisine, os quais por sua vez já devem estar nascidos ou concebidos.

O legislador, ao elaborar a regra contida no art. 1.798 do Código Civil, não cogitou os avanços científicos aplicados à reprodução humana, referindo-se apenas às pessoas já concebidas ou nascidas, não fez previsão do futuro filho ainda não ter nascido ou sequer ter sido concebido no momento da abertura da sucessão.

O fato de o legislador ter incorporado novos incisos ao art. 1.597 do Código Civil, revela uma preocupação dos juristas em relação aos frequentes avanços da comunidade científica. A sociedade avança e o ordenamento jurídico tem que acompanhar a evolução científica, de forma a tentar corrigir as distorções que por ventura venham a ocorrer no campo social.

A grande controvérsia acerca da inseminação artificial homóloga *post mortem* vem se caracterizando pela capacidade sucessória da criança concebida nesta técnica de reprodução assistida, sendo este o problema central do presente trabalho. Indaga-se: seria viável a sucessão? Caso a resposta seja positiva, qual seria o lapso temporal para se realizar a inseminação artificial homóloga de modo a não se prejudicar a segurança jurídica?

Este problema é adequadamente respondido com fundamentação no pensamento de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, cujo presente estudo tem como marco teórico:

Entendemos que os efeitos sucessórios da inseminação *post mortem* são amplos não se restringindo à sucessão testamentária, pois se é certo que o falecido poderá chamar a suceder, por testamento, a prole eventual de terceiros, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, poderá, igualmente, beneficiar a sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo

se a deixa testamentária saíra da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação.⁷²

Prossegue o autor em seu pensamento:

Existe uma questão relevante e pouco enfrentada que diz respeito à fixação do prazo para utilização, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, do material genético preservado. A não-fixação de prazo para prole eventual do autor da sucessão surgida por fecundação artificial *post mortem* ocasionaria a perspectiva da utilização da ação de petição de herança pela criança gerada na reprodução medicamente assistida, sendo que os seus efeitos patrimoniais se submeteriam ao prazo previsto para prescrição aquisitiva.⁷³

A partir da leitura do aporte acima, nota-se a necessidade do estabelecimento de um tempo para que este sêmen crioconservado, por ano ou décadas, seja utilizado, pois de acordo com Juliane Fernandes Queiroz “deverá ser fixado o prazo de espera do nascimento dos filhos, dentro da própria disposição testamentária, ou mesmo através de uma lei que regule o assunto.”⁷⁴

Seriam altamente prejudiciais ao ordenamento jurídico e aos demais herdeiros a espera indefinida pela prole eventual, razão pela qual se torna imprescindível a fixação do prazo. No mesmo sentido, discorre Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho

Assim, entendemos que caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão.⁷⁵

⁷² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório* In: Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. 5. 2006. Belo Horizonte. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 187.

⁷³ Ibidem, p. 188.

⁷⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 80.

⁷⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório* In: Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. 5. 2006. Belo Horizonte. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 188.

Em princípio, a doutrina não permite que haja uma sucessão àqueles concebidos por fecundação artificial *post mortem*, “uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as *pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão* (art. 1.798)”⁷⁶. Para Carlos Roberto Gonçalves

A questão, no entanto, é temerosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para a sua solução. A doutrina brasileira se inclina no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder a concepção, quer na implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*.⁷⁷

E prossegue o autor em seu entendimento que

Não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1.597 do Código Civil e o 227, § 6º, da Constituição Federal. O primeiro afirma que se presumem “*concebidos*” na constância do casamento “*os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*” (inciso III). O segundo consagra a *absoluta igualdade de direitos entre os filhos*, proibindo qualquer distinção ou discriminação.⁷⁸

Assim sendo, como preceitua o marco teórico do presente trabalho, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, sustentado ainda por demais doutrinadores como Juliane Queiroz e Carlos Roberto Gonçalves, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, resultantes de fecundação artificial homóloga *post mortem*, como tendo sido concebidos na constância do casamento e não justifica a exclusão de seus direitos sucessórios.

⁷⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório* In: Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. 5. 2006. Belo Horizonte. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 57.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 57.

3.3 – Análise do Código Civil de 2002

Ao longo do trabalho apresentado, é possível perceber que em vários momentos o Código Civil apresenta artigos que expressam a preocupação do jurista com os avanços da biotecnologia. Percebe-se ainda que existem lacunas não exploradas pela legislação brasileira, que acabam por causar certas dificuldades na resolução de casos que o próprio avanço da biotecnologia apresenta. Por tal motivo, é necessário a análise de alguns preceitos legais.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; (*grifos nossos*).⁷⁹

Analisando o texto legal, é possível observar que os embriões excedentários e os fecundados, mesmo tendo falecido o marido, serão considerados filhos havidos na constância do casamento, possuindo estes, conseqüentemente, legitimidade para suceder. Todavia, o art. 1.798 do Código Civil confere legitimidade para “suceder as pessoas nascidas ou já concebidas”⁸⁰. A princípio, a primeira parte do art. 1.798 exclui a aplicação do 1.597, III e IV, referente a sucessão, mas ao se tratar de concepção, entendendo-se que o vocábulo significa o ato de fecundar, nota-se que o art. 1.798 do Código Civil se molda ao caso apresentado pelo presente trabalho, como discorre o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho:

Assim sendo, para não ocorra discriminação da filiação, deve-se considerar que os embriões crioconservados produzidos com material genético fornecido por pessoas casadas ou em união estável têm capacidade para suceder se vierem um dia a ser inseminados num útero e nascerem com vida.⁸¹

⁷⁹ VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Família - Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Outra possibilidade para que se viabilize a sucessão de embriões, ocorre no caso de testamentos, onde o testador pode indicar prole eventual de uma pessoa indicada por ele para receber seu legado, como indicado pelo art. 1.799, I.

Art. 1.799, I. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (*grifos nossos*).⁸²

Para viabilizar o transcrito no art. 1.799, I, se faz necessário estipular um prazo para a realização da concepção que torne possível o nascimento, não tendo estipulado o testador, considerar-se-á o art. 1.800, §4º, o qual prescreve o prazo decadencial de dois anos para a concepção.

Art.1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. § 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.⁸³

Do mesmo modo Fábio Ulhoa Coelho traz em sua obra:

Ultrapassado o prazo e não concebido o rebento que o testador queria beneficiar, perde eficácia a cláusula testamentária correspondente. A previsão legal destina-se a conferir segurança às relações jurídicas. Depois de transcorridos dois anos da morte do testador, se a pessoa que ele gostaria de beneficiar ainda não estiver sido concebida, não convém aguardar mais, porque pode até mesmo ocorrer de ela nunca vir a nascer. Em princípio, será irrelevante se a concepção do sucessor foi natural ou artificial, homóloga ou heteróloga, com ou sem doação de útero. A regra é a da não discriminação da filiação. Será relevante a forma como o sucessor foi concebido e gerado apenas se o testador tiver deixado instruções a respeito. Sendo esse o caso, claro que só o filho concebido e gerado conforme as condições do testamento terá capacidade para suceder.⁸⁴

⁸² VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Família - Sucessões*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

Lembrando que a fecundação artificial *post mortem* defendida por este trabalho deve ser homóloga, para que gere vínculo de filiação e, conseqüentemente, de direitos sucessórios, tem capacidade para suceder, além dos nascidos, também os concebidos à data da abertura da sucessão, tendo a lei não diferenciado, no tocante à concepção, se ela seria natural ou artificial, de modo que não há como discriminar as duas hipóteses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar em fecundação *post mortem* é ter que esclarecer pontos de um universo de novidades muito delicadas para o mundo jurídico. A fecundação artificial ou reprodução mecanicamente assistida é um gênero do qual existem duas espécies – a fertilização *in vitro* ou na proveta e a inseminação artificial, que podem ser homóloga ou heteróloga.

Essas duas modalidades são completamente diferentes e trazem a tona inúmeras questões sobre os aspectos morais, filosóficos, sociais e jurídicos da procriação humana. Ao se falar em hereditariedade biológica da criança concebida, levando em consideração a modalidade de cada técnica utilizada, temos consequências também distintas no mundo jurídico.

As mais modernas técnicas de inseminação artificial permitem a criopreservação de sêmen, óvulos ou embriões por tempo indefinido, sem prejuízo da qualidade para a procriação. É comum o profissional de medicina, que prepara os embriões no laboratório para utilização na inseminação *in vitro*, deixar alguns excedentes, sem implantá-los, para utilizar na hipótese de insucesso do procedimento. No entanto, o que fazer com estes embriões que “sobram”? A Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança - estabelece que o embrião criogenizado deva ser mantido pelo prazo de três anos. Ao final deste prazo, o médico deve notificar o casal para que declare a sua vontade de utilizá-lo novamente, não havendo interesse, o embrião será encaminhado para pesquisas.

Uma inseminação realizada dentro da união conjugal – seja ela matrimonial ou estável – permite a presunção legal prevista no art. 1.597 do Código Civil de 2002, pois, neste caso, coincide a paternidade biológica e a legal. Sendo a fecundação artificial homóloga realizada após o falecimento do *de cuius*, tema que abordamos neste trabalho, sem sombra de dúvidas, terá direito a filiação a criança de proveta.

Quanto à reprodução homóloga *post mortem*, entende-se por técnica de reprodução que se utiliza do sêmen do marido para a fecundação. Como já dissemos anteriormente, o sêmen pode ser armazenado à utilização futura, podendo então ocorrer após a morte do marido.

Mas como ficarão os direitos sucessórios desse tipo de herdeiro? O direito sucessório é a transmissão da herança após a morte do titular de direitos não personalíssimos, ou seja, um direito que possa e deva ser transferido para outro titular.

No direito sucessório a regra é a legitimidade passiva e o art. 1.798 do Código Civil dispõe genericamente que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, ressalvado os direitos do nascituro.

Assim sendo, a partir do que se aduziu anteriormente, acerca da inseminação artificial, questiona-se a possibilidade da criança concebida pelo referido método ser legitimada a suceder, fazendo gozo da herança. Caso a resposta seja positiva, qual seria o lapso temporal para se realizar a inseminação artificial homóloga de modo a não se prejudicar a segurança jurídica?

Cabe o direito sucessório do herdeiro proveniente de reprodução homóloga *post mortem*, equiparando aos direitos dos demais herdeiros, em cumprimento do princípio da igualdade, conquanto haja a manifestação de prazo prescricional em lei ou manifestação do lapso temporal na via testamentária pelo autor da herança ou a analogia ao art. 1.799, I do Código Civil, em prol de sua própria prole eventual, conforme preceitua, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, marco teórico deste trabalho.

Em suma, a problemática que versa sobre a possibilidade de sucessão da criança concebida por fecundação artificial homóloga *post mortem*, encontra como solução satisfatória a possibilidade de sucessão, sendo necessária, todavia a fixação de prazo para inseminação, resguardando o direito dos demais legitimados a suceder.

REFERENCIAS

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

----- *Teoria da Norma Jurídica*. 2 ed., Revista. São Paulo: Edipro, 2003.

----- *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed., Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 7. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos. Coleção Fundação Mário Soares. Valores 7. 1 ed., Lisboa: Gradiva, 1999.

CENTRAL JURÍDICA, DOUTRINAS. *Direito Civil, da sucessão em geral*. Disponível em:
http://www.centraljuridica.com/doutrina/141/direito_civil/da_sucessao_em_geral.html.
 Acesso em: 17 de mai. de 2010.

CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA, Prof. Franco Junior. *Técnicas*. Disponível em <http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=12&texto=15> Acesso em: 15 de set. de 2010.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. *O princípio da segurança jurídica*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>>. Acesso em: 29 set. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Família - Sucessões*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. *Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório* In: Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. 5. 2006. Belo Horizonte. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2004.

----- *Curso de Direito Civil Brasileiro, teoria geral do direito civil*. 25 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

----- *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- FIUZA, César. *Direito Civil, curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões*, vol. VII. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUIMARÃES, (Org.) Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel.
- HINORAKA, (Org.) Giselda Maria Fernandes Novaes. COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Direito das Sucessões. Transmissão do Acervo Hereditário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: CMCJ-UNIVALI, 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo I*. 6 ed., Coimbra Editora, 1997.
- NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2009.
- NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed., São Paulo: RT, 2009.
- NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. *Direito da Sucessão: Comentários a parte geral e à Sucessão Legítima*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PEDROSA NETO, Antônio Henrique; FRANCO JÚNIOR, José Gonçalves. *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=Sucessão Acesso em: 23 de fev. de 2010.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade, aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

----- *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Famílias*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VADE MECUM SARAIVA. *Código Civil, lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.

WIKIPEDIA, A Enciclopédia Livre. *Criopreservação*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/crioconservação>. Acesso em: 25 de nov. de 2010.

ANEXOS

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/92

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

Presidente

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053.

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

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

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

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

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e conciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1 - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.
- 2 - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.
- 3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

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

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

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

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

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

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