UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ELICE JACOMINI MINELA

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E SUCESSÓRIOS: VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Florianópolis

2009

ELICE JACOMINI MINELA

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E SUCESSÓRIOS: VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Régis Schneider Ardenghi, Msc.

Florianópolis

2009

ELICE JACOMINI MINELA

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E SUCESSÓRIOS: VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 11 de novembro de 2009.

_____

Prof. e. Orientador Regis Schneider Ardenghi, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof.

Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS E SUCESSÓRIOS: VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Declaro, para os devidos fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 11 de novembro de 2009.

_____

ELICE JACOMINI MINELA

Dedico este trabalho aos dois grandes homens de minha vida, meu filho Ryan Henrique Minela e meu esposo, Ivanir Roberto Minela, por terem me mostrado que uma família com base sólida é uma arma capaz de combater qualquer obstáculo que a vida possa colocar.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter “entrado na minha casa, na minha vida” e ter se encarregado de rodeá-la com pessoas tão especiais, algumas destas, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

Agradeço aos meus grandes companheiros nessa trajetória, meu filho Ryan Henrique Minela e meu esposo, Ivanir Roberto Minela, por toda dedicação e amor intenso a mim doados. Agradeço-lhes por terem suportado a minha ausência, fingindo que não a sentiam, tudo para que eu continuasse firme em meus objetivos, em nossos objetivos.

Agradeço aos demais familiares, em especial minha mãe Inês, que mesmo distante, sei que não foram raras as vezes que curvou seus joelhos e pediu a Deus que me guiasse nessa caminhada.

Agradeço a minha amiga Eliane Reame por ter me estimulado a fazer a graduação, dando-me conselhos e mostrando-me novos horizontes.

Agradeço a minha grande amiga, Rosimeri Maria Pereira, com a qual eu compartilhei momentos de angústias e de alegrias, pela amizade, carinho e companheirismo durante esses cinco anos e meio de caminhada.

Agradeço, também, ao meu professor e orientador, Regis Schneider Ardenghi, por ter aceitado o desafio de instruir-me nesse trabalho, por repassar um pouco da bagagem de conhecimento que carrega consigo, pela paciência e disposição de ver e rever os meus erros e, ainda, pelo estímulo e motivação que me dispensou.

Agradeço às famílias da Olaiza Castro, Iara do Canto e Clézio Duarte, que não mediram esforços para auxiliar-me, desde um pedido de favor até um pleito de necessidade.

Agradeço a Tatyane Barbosa Philippi, pela sua disponibilidade e dedicação em ajudar-me quando eu necessitei.

Agradeço aos demais amigos que me incentivaram e que torceram por mim durante esta jornada.

O novo homem
[...]

O homem será feito em laboratório,
muito mais perfeito do que no antigório.
Dispensa-se amor, ternura ou desejo.
Seja como flor (até num bocejo)
salta da retorta um senhor garoto.
Vai abrindo a porta com riso maroto:
"Nove meses, eu? Nem nove minutos."
Quem já conheceu melhores produtos?
A dor não preside sua gestação.
Seu nascer elide o sonho e a aflição.
Nascerá bonito? Corpo bem talhado?
Claro: não é mito, é planificado.
Nele, tudo exato, medido, bem-posto:
o justo formato, o *standard* do rosto.
Duzentos modelos, todos atraentes.
(Escolher, ao vê-los, nossos descendentes.)
Quer um sábio? Peça. Ministro? Encomende.
Uma ficha impressa a todos atende.
Perdão: acabou-se a época dos pais.
Quem comia doce já não come mais.
Não chame de filho este ser diverso
que pisa o ladrilho de outro universo.
Sua independência é total: sem marca
de família, vence a lei do patriarca.
Liberto da herança de sangue ou de afeto,
desconhece a aliança de avô com seu neto.
Pai: macromolécula; mãe: tubo de ensaio
e, *per omnia secula*, livre, papagaio,
sem memória e sexo, feliz, por que não?
pois rompeu o nexo da velha Criação,
eis que o homem feito em laboratório
sem qualquer defeito como no antigório,
acabou com o Homem.
Bem feito.

(CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o direito sucessório do filho proveniente de inseminação artificial *post mortem*, ou seja, como será a vocação hereditária do filho concebido por meio da técnica homóloga póstuma, quando se utiliza o material genético do pai, ora falecido, que se encontrava conservado por meio de procedimentos especiais, para inseminar a viúva. Para se verificar as conseqüências advindas dessa inseminação, é feito um apanhado geral acerca da reprodução medicamente assistida, a iniciar-se pela evolução, a qual remota há tempos antigos, passando-se a apresentar as técnicas atualmente existentes, bem como a questão da filiação provinda da utilização da reprodução medicamente assistida. Após, faz-se uma análise a respeito do instituto sucessão, esboçando-se alguns pontos de suma relevância para a compreensão do tema, como os tipos de sucessão existentes, quem está legitimado a herdar, quando a herança se considera transferida aos herdeiros e como estes são classificados no ordenamento jurídico. Por fim, será procedida a junção dos capítulos anteriores, abordando-se a vocação hereditária do filho concebido *post mortem*, de forma a demonstrar por meio de quais preceitos legais e constitucionais os concebidos de forma póstuma estão amparados para ocuparem o pólo passivo da sucessão, assim como quais os dispositivos que os excluem do direito a herança, situação que gera um grande debate jurídico, competindo à doutrina a busca de uma solução para o caso.

Palavras-chave: Concebido. Inseminação artificial. *Post mortem*. Vocação hereditária.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA 12
2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS 12
2.2 CONCEITO 15
2.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA 16
2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA 18
2.5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE PROCRIAÇÃO 21
2.6 A FILIAÇÃO EM FACE DA FERTILIZAÇÃO MEDICAMENTE ASSISITIDA 24
2.6.1 Filiação proveniente da técnica heteróloga 28
2.6.2 Filiação proveniente da técnica homóloga 31
3 SUCESSÃO 33
3.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS 33
3.2 CONCEITO 35
3.3 A TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* 36
3.3.1 Espécies de sucessão causa mortis 40
3.3.2 Espécies de sucessores 43
3.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA 44
3.4.1 Legitimação para suceder 45
3.4.2 Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima 47
4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO 55
4.1 CASO ALAIN PARPALAX 55
4.2 A PROBLEMÁTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ACERCA DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* 56
4.3 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRECEITOS DO ART. 1597, III, DO CÓDIGO CIVIL, À FECUNDAÇÃO *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO 57
4.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO PROVENIENTES DESSA TÉCNICA 64

4.5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS 68
4.6 NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO NACIONAL E AS POSSÍVEIS PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS PERTINENTES À MATÉRIA 70
5 CONCLUSÃO..... 74
REFERÊNCIAS 77
ANEXO A – RESOLUÇÃO CFM Nº 1.358/92..... 82
ANEXO B – PROJETO DE LEI Nº 90, DE 1999 85

1 INTRODUÇÃO

O tema abordado por esse trabalho é o direito sucessório do filho proveniente de inseminação artificial *post mortem*, sendo esta definida como a inseminação concebida posterior à morte do indivíduo, utilizando-se de seu material genético que se encontrava conservado por meio de técnicas especiais.

A escolha do assunto se justifica pelo fato de ser a reprodução medicamente assistida um tema complexo, tendo em vista que não diz respeito unicamente às partes envolvidas, mas, principalmente, ao avanço da ciência e da medicina, que possibilitam àqueles, que de maneira convencional não podem gerar filhos, realizarem o desejo de alcançar a maternidade/paternidade, com auxílio das técnicas atualmente existentes.

A inseminação artificial *post mortem*, embora seja uma modalidade plenamente admitida no ordenamento jurídico pátrio, é um assunto que gera muito debate, na medida em que o próprio Código Civil de 2002 (CC/2002), em dois capítulos diferentes, apresenta inúmeras disparidades referentes à filiação e, conseqüentemente, o direito sucessório provindo dela. Surge, em função disso, um problema de difícil solução, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) não faz distinção entre os filhos, seja qual for a sua origem ou o tipo de relação existente entre os seus genitores. Assim, qual a razão de os efeitos sucessórios dos filhos provenientes de inseminação artificial *post mortem* estarem restritos unicamente à sucessão testamentária? Que amparo terá, no âmbito sucessório, o filho se o falecido não deixar expresso em testamento o seu desejo?

No que tange ao objetivo geral, este será justamente a análise da sucessão hereditária do filho concebido *post mortem*, de forma a demonstrar a discussão advinda da utilização dessa espécie de concepção e a possível capacidade sucessória dessa criança, pois no ordenamento pátrio não há lei que ampare e regule a reprodução medicamente assistida. Pretende-se, portanto, analisar a referida omissão e mostrar quais os direitos de família e de sucessões tem os filhos provenientes de inseminação artificial *post mortem*, em relação aos herdeiros de mesma classe e/ou grau, diante da regra esculpida no art. 227, § 6º, da CRFB/88.

Os objetivos específicos são: exibir a discussão existente no ordenamento pátrio atinente à capacidade sucessória do filho nascido por intermédio de inseminação artificial póstuma; esclarecer como ficará o direito sucessório deste filho, após a morte do pai, considerando que a abertura da sucessão abre-se neste momento, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros; mostrar qual a posição a ser tomada pelo filho proveniente da técnica *post mortem*, através das regras instituídas no art. 1.799 do CC/2002.

Utilizou-se, para desenvolver o estudo em comento, o método de abordagem dedutivo, pois primeiramente será analisada a reprodução medicamente assistida e o direito sucessório, para, posteriormente, tratar acerca da vocação hereditária do concebido *post mortem.* O método de procedimento adotado foi o monográfico e, no que concerne à técnica, escolheu-se a bibliografica, uma vez que o trabalho será desenvolvido por meio de utilização de doutrinas, legislações referentes ao assunto, projetos de leis, periódicos eletrônicos e sites específicos.

Num primeiro momento, será abordada a reprodução medicamente assistida, o que ela visa, quais as técnicas disponíveis, e como ela repercutiu na história. Serão traçados, também, alguns fundamentos constitucionais que servem para embasar a utilização das técnicas existentes e, ainda, como permanecerá a filiação provinda das técnicas artificiais.

Em seguida, serão tratados alguns pontos concernentes ao direito sucessório, a origem do termo sucessão no vocabulário jurídico, a transmissão *causa mortis*, as espécies de sucessões existentes, a denominação a elas atribuídas, e a vocação hereditária, abrangendo esta a legitimação para suceder, ou seja, quem pode estar no pólo passivo da sucessão, assim como a ordem de vocação traçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sucessivamente, será analisada a polêmica que envolve a sucessão hereditária do filho proveniente da inseminação póstuma. Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a inseminação artificial, será feita, também, uma abordagem acerca dos obstáculos que essa criança pode encontrar no tangente à sucessão, bem como qual o posicionamento da doutrina pátria a respeito da matéria, se ela é discrepante ou uníssona à legitimação sucessória do filho originário da técnica artificial *post mortem*. Far-se-á, por derradeiro, um estudo sobre as possíveis proposições legislativas que tratam do assunto, de forma a mostrar quais as saídas que se tem, na omissão da lei, para o amparo desse indivíduo.

2 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

A reprodução medicamente assistida é "[...] objeto de investigações científicas há muitos séculos [...]," [1] revelando-se, hodiernamente, um tema polêmico e com relevantes implicações jurídicas e sucessórias.

Para um melhor esclarecimento, será feita neste capítulo uma abordagem acerca da utilização da expressão "reprodução medicamente assistida", o seu significado, as técnicas existentes, a sua evolução histórica, alguns fundamentos constitucionais aplicáveis ao direito à utilização da reprodução medicamente assistida, assim como aspectos relativos à filiação diante do uso das técnicas disponíveis.

2.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O termo "reprodução medicamente assistida" é a forma genérica utilizada para referir-se a todas as possibilidades de fertilização decorrentes de forma assexuada, ou seja, sem a necessidade de relação sexual, consoante se denota da lição apresentada por Marcio Antonio Boscaro, ao esclarecer que a aludida expressão engloba:

> [...] todas as hipóteses em que a fecundação ocorrer por forma diversa da relação sexual entre os genitores da criança e especialmente porque as expressões 'fecundação artificial' ou 'inseminação artificial', comumente utilizadas para a designação genérica de quaisquer das formas de reprodução assistida, apenas se referem à pioneira dessas técnicas, consistente em fecundar o óvulo, ainda nas entranhas da mulher, pela introdução artificial de gametas masculinos, por método diverso da relação sexual.[2]

A destinação natural de procriar "[...] sempre foi um ato natural e ao mesmo tempo um desejo de qualquer um." [3] Aquele que era dotado do dom da procriação podia, por meio de

---

[1] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 19.
[2] BOSCARO, Marcio Antonio**. Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 88.
[3] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 275.

seus descendentes, eternizar-se no mundo terreno. Contudo, a pessoa impossibilitada de tal ato, ou seja, estéril, era menosprezada, considerada inferior às demais pessoas.[4]

Na antiguidade, "[...] a esposa estéril poderia ser repudiada pelo marido em razão de sua impossibilidade para procriar, o que a tornava menos digna sob o prisma social e gregário".[5] Era permitido, inclusive, ao marido, utilizar-se de uma mulher estranha à relação conjugal como forma de gerar o filho, o qual passaria a pertencer ao casal, à mulher estéril e o marido fecundante.[6]

Dieter David, demonstrando a "mácula no sentimento humano" carregada pelo estéril, assevera:

> A esterilidade fere como a morte, esta atinge a vida do corpo, aquela, a vida através da descendência. Ela rompe a cadeia do tempo que nos vincula àqueles que nos precederam e àqueles que nos sucederão; é a ruptura da cadeia que nos transcende e nos liga à imortalidade. O homem estéril é um excluído, o tempo lhe está contado, a morte que o esperará está sempre presente, a vida se abre sobre o nada. Sua rapidez, sua brutalidade, sua enormidade levam o homem, quase sempre, a negá-la, num primeiro momento.[7]

A medicina define a esterilidade como "[...] um distúrbio ou condição do sistema reprodutivo masculino ou feminino que reduz a capacidade de ter filhos [...]." Para essa ciência, será considerado estéril o casal que, dentro de um interstício de 12 a 18 meses, afastado o uso de métodos contraceptivos e mantendo relações sexuais assíduas, não conseguem gerar filhos.[8]

Determinados autores não estabelecem diferenças entre a esterilidade e a infertilidade, contudo, Thomas Lathrop Stedman salienta que a esterilidade decorre da impossibilidade de fertilização ou reprodução e é considerada irreversível. Por outro lado, a infertilidade seria uma "esterilidade relativa", passível de reversão.[9]

---

[4] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89.

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

[6] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 276.

[7] DIETER (1984) apud PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 275.

[8] CLÍNICA E CENTRO DE PESQUISA EM REPRODUÇÃO HUMANA ROGER ABDLMASSIH. Infertilidade. Disponível em: <http//www.abdelmassich.com.br/ infertilidade.php>. Acesso em: 27 ago. 2009.

[9] STEDMAN (1996) apud PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 52.

Nesse contexto, cabe registrar que dentre os vários fatores que levam à infertilidade humana, destacam-se: alterações na produção do sêmen ou de óvulos ou sua capacidade ou qualidade para a fecundação. Derivam, ainda, de alterações anatômicas e bioquímicas dos órgãos responsáveis por gerá-los.[10]

Alguns doutrinadores destoam do entendimento de que as técnicas de reprodução humana assistida sirvam como uma forma de terapia para a cura da esterilidade.

Da corrente contrária à referida teoria, extrai-se:

> As técnicas de reprodução humana assistida [...], não representam a terapia para a cura da esterilidade, mas servem para proporcionar às pessoas a realização do sonho e desejo de serem pais. Há, no caso, a substituição do ato natural que tradicionalmente permite a procriação por um ato técnico (médico), sendo que ao fim do processo aqueles que procriaram continuam estéreis[11].

Marciano Vidal, ao confrontar esse entendimento, justifica:

> A esterilidade é uma doença ou conseqüência de uma doença, com seus componentes físicos, psíquicos e, inclusive, sociais. Deste ponto de vista, qualquer procedimento dirigido a remediá-la, desaparecendo ou não a causa que a origina, deve ser entendido como uma terapia.[12]

Não obstante as divergências apresentadas, é importante mencionar que tanto a esterilidade como a infertilidade, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID), feita pela Organização Mundial de Saúde (OMS), são consideradas doenças e assim estão registradas.[13]

Ademais, a reprodução medicamente assistida auxilia nos casos em que há portadores do vírus da imunodeficiência humana (VIH positivo). Segundo alguns apontamentos feitos pela Sociedade Norte Americana (ASRM) e Européia (ESHRE) de Medicina Reprodutiva, ao utilizar

---

[10] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 280.
[11] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97.
[12] VIDAL (1994) apud FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 53.
[13] FERNANDES, Tycho Brahe. **A Reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 53.

a técnica de inseminação intra-uterina em uma mulher de HIV positivo, seu parceiro estaria isento do alto grau se transmissão.[14]

No caso de ser o homem HIV positivo, pelas tecnologias atualmente existentes é possível impedir a união dos espermatozóides ao vírus. Assim, feito essa redução do vírus do material genético, servirá para inseminar suas parceiras HIV negativo, possibilitando, dessa forma, que elas alcancem a gravidez.[15]

Extrai-se, do acima mencionado, que embora não se mostre firme na doutrina o entendimento de que as técnicas de reprodução assistida sirvam como uma terapia à cura da esterilidade, esta é considerada uma doença pela OMS. É a ciência permitindo àqueles que por meio de formas convencionais não possuem condições de ter filhos, ou possuem, mas tem alguma doença passível de transmissão, como é o caso do HIV positivo, realizar o direito à procriação.

2.2 CONCEITO

Na busca de um conceito sobre a reprodução humana assistida, pode-se valer da definição apresentada por Genival Veloso de França:

> [...] é o conjunto de procedimentos tendentes a contribuir na resolução de problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de criação quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada.[16]

---

[14] SCHUFFNER, Alessandro.**Uso de tecnologias em reprodução assistida em casais soro-discordantes para o vir**. 26 abr.2006. Disponível em: <http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=New&file=article&sid=281>. Acesso em: 31 ago. 2009.

[15] SCHUFFNER, Alessandro.**Uso de tecnologias em reprodução assistida em casais soro-discordantes para o vir**. 26 abr.2006. Disponível em: <http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=New&file=article&sid=281>. Acesso em: 31 ago. 2009.

[16] FRAÇA, Genival Veloso. Medicina legal. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan, 2001.

Depreende-se, da conceituação exposta, que a reprodução humana assistida é um conjunto de procedimentos voltados a facilitar o processo reprodução humana, quando presente a esterilidade e ausentes condutas eficazes de contornarem o problema.

2.3 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

As técnicas de reprodução medicamente assistida, (do inglês Assisted Reproductive Technologies, ART), denominada por alguns de reprodução ou de procriação artificial[17], são procedimentos que auxiliam pessoas na busca da maternidade ou da paternidade, mas por métodos convencionais não conseguem alcançá-las. Sua atribuição é ajudar a união do espermatozóide ao óvulo. Por essa razão, ela: "[...] representa uma esperança aos casais que não respondem aos outros tratamentos e envolve as mesmas terapias hormonais utilizadas na indução da ovulação, além de técnicas para aumentar a fertilização do óvulo pelo espermatozóide [...]".[18]

No tocante a sua classificação, Tycho Brahe Fernandes menciona que as técnicas de reprodução assistida são classificadas em duas ordens: *in vivo* e *in vitro*. A primeira, também conhecida como inseminação artificial[19], ocorre quando a fecundação se realiza no próprio órgão feminino. Por outro lado, a técnica *in vitro* é aquela realizada fora do organismo feminino, ou seja, em laboratório. [20]

Completando o seu raciocínio, salienta o autor que a técnica *in vivo* possui procedimentos simples, consistente na introdução de gametas masculinos dentro do útero da mulher a ser inseminada, enquanto a *in vitro* exige um processo mais complexo e abrange várias etapas: "[...] indução da ovulação, punção folicular e cultura de óvulos, coleta e preparação do

---

[17] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo, Atlas, 2008. p. 342.
[18] DICIONÁRIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Disponível em:< http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/dicionario_Reproducao_assistida.pdf dicionário da reprodução assistida>. Acesso em: 27 set. 2009.
[19] O vocábulo 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 catéter, por via transvaginal[...]", conforme NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1067.
[20] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 55.

esperma e, finalmente, inseminação e cultura dos embriões".[21]

Assim, dependendo da forma de solução da infertilidade buscada pelo casal, quando há ou não a intervenção de terceiros, as técnicas de reprodução assistida são divididas em homólogas e heterólogas.[22]

Diz-se homóloga a inseminação que se realiza com o material genético do próprio marido ou companheiro da pessoa a ser inseminada, como menciona Willian Arthur Pussi:

> A técnica de inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou do companheiro, [...]. O líquido seminal é injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal vaginal da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser fertilizado.[23]

Dentre as indicações para a utilização da aludida técnica, encontram-se:

> [...] a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical, a oligospermia quando é baixo o número ou reduzida a motilidade[24] dos espermatozóides; e a retroejaculação, quando embora a taxa de epermatozóides seja normal, eles ficam retidos na bexiga, ao contrário do que ocorre na ejaculação normal[25].

Não há óbices à aceitação dessa técnica no ordenamento jurídico brasileiro. Marcio Antonio Boscaro, ao tratar do tema, assevera: "[...] não há qualquer problema à determinação da paternidade da criança assim gerada, mesmo que essa inseminação tenha se dado contra a vontade ou sem a autorização desse homem".[26]

No que concerne à técnica heteróloga, o procedimento médico adotado é idêntico ao da modalidade homóloga. Ocorre, contudo, que naquela técnica, a mulher não é inseminada com o material genético do próprio marido ou companheiro, mas com material fecundante de outro homem, denominado doador fértil.[27]

---

[21] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 55.
[22] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 282.
[23] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 284.
[24] Motilidade é o termo utilizado para designar "a capacidade de movimentação que apresentam os órgãos com estrutura muscular", conforme DICIONÁRIO DIGITAL DE TERMOS MÉDICOS. Disponível em: <http://www.pdamed.com.br/diciomed/pdamed_0001_11600.php>. Acesso em: 20 out. 2009.
[25] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 284.
[26] BOSCARO, Marcio Antonio**. Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 88.
[27] SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 10.

Visto que a mulher a ser inseminada receberá o sêmen de um terceiro, Mônica Sartori Scarparo destaca alguns pressupostos e características que devem ser observados durante a seleção do doador:

> [...] o controle periódico do sêmen (teste de AIDS ou síndrome de imunodeficiência adquirida e o anonimato do doador), bem como suas características morfológicas: o grupo sangüíneo, que devem ser idêntico ao da mãe ou de seu marido: a cor da pele, dos cabelos, dos olhos, e a estatura, que devem ser compatíveis com o casal.[28]

Denota-se, das informações apresentadas, que a diferença existente entre a técnica homóloga e a heteróloga está na utilização do material para a fecundação. Naquela, o sêmen é proveniente do próprio marido ou companheiro da mulher a ser inseminada, pressupondo-se que ela seja casada ou mantenha união estável, enquanto nesta, o líquido seminal, armazenado em banco de sêmen, é originário de um terceiro estranho à relação conjugal.

2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Relatos históricos demonstram que a descoberta, por alguns povos, acerca da sexualidade e reprodução, em especial no que concerne à reprodução das plantas, ocorreu nos primórdios da civilização, sendo a técnica de inseminação artificial realizada pelos árabes a babilônicos na reprodução de palmeiras, onde se buscava conseguir maiores quantidades de frutos. No século XIV, a inseminação artificial foi utilizada em peixes e, cem anos após, no bicho-da-seda. [29]

Tycho Brahe Fernandes, ao analisar a evolução histórica da reprodução assexuada, apresenta, dentre as diversas lendas existentes, uma de cunho religioso, que é a passagem na Bíblia descrevendo a cena da anunciação[30], quando Maria é avisada pelo Anjo Gabriel que

---

[28] SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 10.

[29] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 671-672.

[30] Relata a Bíblia que: “No sexto mês, o anjo Gabriel foi enviado da parte de Deus para uma cidade da Galiléia,

conceberá um filho, herdeiro do trono de Davi. Pela crença religiosa, a fecundação realizou-se sem o contato sexual, pois Maria era considerada virgem.[31]

Narra-se, também, que no ano de 1332, a reprodução medicamente assistida teria servido como estratégia de combate, ao ser utilizada para fecundar uma égua. Os animais do adversário teriam sido inseminados com material fecundante de cavalos de má qualidade (velhos ou doentes), enquanto os semens de bons cavalos teriam sido subtraídos do inimigo.[32]

À guisa de ilustração, extrai-se dos ensinamentos de Willian Artur Pussi outros dados nesse sentido, como a teoria da pré-formação[33], formulada por Aristóteles e difundida por Sêneca, segundo a qual o desenvolvimento de um novo ser estaria ligado a uma semente depositada pelo macho no útero da fêmea.[34]

Entretanto, a primeira "[...] experiência científica exitosa (e comprovada), envolvendo a reprodução assistida de mamíferos data de 1777" [35], quando o cientista italiano

---

chamada Nazaré, a uma virgem, prometida em casamento a um homem chamado José, da casa de Davi. O nome da virgem era Maria. E entretanto disse-lhe o anjo: 'Alegra-te, cheia de graça, o Senhor está contigo!' Ao ouvir as palavras, ela se perturbou e refletia no que poderia significar a saudação. Mas o Anjo lhe falou: 'Não temas Maria, porque encontraste graça diante de Deus. Eis que conceberá em teu seio e darás a luz a um filho e lhe darás o nome de Jesus[...].Disse Maria ao anjo: Como poderá ser, pois não conheço homem [...]", conforme LUCAS. Português. In: **Bíblia Sagrada**. Tradução Domingos Zamagna, Emanuela Bouzon. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 1237-1238.

[31] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 48.

[32] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito:** aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 48-49.

[33] Formada por Aristóteles e popularizada por Sêneca a teoria da pré-formação explica: "'Na semente estão contidas todas as partes do corpo do homem que serão formadas. A criança que se desenvolve no útero da mãe tem as raízes da barba e do cabelo que nascerão um dia. Também estão presentes nesta pequena massa todos os contornos do corpo e tudo o que a posteridade descobrirá nele. ' Essa idéia de ARISTÓTELES, popularizada por SÊNECA, ficou conhecida como teoria da pré-formação, e se revelou tão sedutora que mesmo quando o microscópio foi inventado, 2000 anos depois da época da Grécia Antiga, os primeiros cientistas que examinaram os espermatozóides julgaram ver um homúnculo no interior", conforme OMMTI, José Emílio. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. 1 jan. 1997. Disponível em: < http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=627>. Acesso em: 20 out. 2009.

[34] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 272.

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

conhecido como Lázaro Spallanzani, após realizar ensaios de fecundação artificial com óvulos de rãs, logrou obter resultados positivos na fecundação de uma cadela[36].

No que diz respeito às pesquisas relativas ao desenvolvimento embrionário, esta iniciou-se apenas no final do séc. XIX, quando restou identificado que o óvulo representava papel de suma relevância para o desenvolvimento humano.[37]

No ano de 1799, a história revela que John Hunter teria conseguido resultados positivos na fecundação por inseminação artificial em seres humanos. Na França, em 1833, deu-se a ocorrência da primeira inseminação artificial homóloga e, nos Estados Unidos, em 1834, o surgimento da técnica heteróloga.[38]

A conservação do líquido seminal por resfriamento, dando origem aos bancos de sêmen, inicialmente utilizado na pecuária, foi descoberta em 1910 pelo russo Eli Ivanov. Contudo, foi na década de 50 que ocorreu o marco divisor da história, com a descoberta, pelos geneticistas Watson e Crick, da estrutura do DNA, este considerado "[...] material genético primordial de todo ser humano". [39]

Cabe registrar, ainda, que durante a Segunda Guerra Mundial[40], mais necessariamente no período hitleriano, na Alemanha, algumas experiências ocorreram nesse sentido. Ao discorrer sobre o tema, assenta Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> [...] há notícias de bancos de sêmen que se alastraram nos Estados Unidos e que deveriam fornecer material de homens previamente selecionados (inclusive soldados de guerra) para a inseminação das melhores mulheres na perspectiva de se obter o nascimento de crianças que constituiriam a elite do futuro, com a continuidade do desenvolvimento do país [...].[41]

---

[36] A narrativa do experimento revela que a cadela teria permanecido isolada em um quarto e, ao entrar no cio, em sua cavidade uterina foi introduzido o sêmen extraído de um cão. Feita a inseminação, 62 dias após, nasceram três filhotes, conforme PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 273.
[37] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 273.
[38] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 273.
[39] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 273.
[40] A Segunda Guerra Mundial ocorreu entre os anos de 1939 e 1945. É o resultado do "choque de interesses entre as nações após a I Guerra Mundial e das pretensões da Alemanha de Ampliar o seu poderio na Europa e, depois, no mundo", conforme II GUERRA MUNDIAL. In.ALMANAQUE abril. 34 .ed. São Paulo: Abril, 2008. p. 310.
[41] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da**. A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 673.

Foi em 20 de julho de 1978, na Inglaterra, após um trabalho de pesquisa de 15 anos, realizado pelos doutores Steptoe e Edwards, que se verificou o maior acontecimento envolvendo a reprodução humana assistida: o nascimento de Louise Brown, o primeiro ser humano proveniente de uma reprodução *in vitro*. No Brasil, tal fato ocorreu em 07 de outubro de 1984, quando foi concebida Ana Paula Caldeira.[42]

Da trajetória histórica traçada pelos estudiosos do caso, observa-se que o tema envolvendo a reprodução humana, apesar de ser objeto de debate jurídico na atualidade, é originário de muitos séculos, envolvendo lendas mitos e experiências científicas.

2.5 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE PROCRIAÇÃO

Dentre os fundamentos constitucionais aplicáveis ao direito à reprodução medicamente assistida, serão abordados: a aplicação do direito à liberdade, em especial às relações familiares, a proteção constitucional à entidade familiar e do planejamento familiar, o direito à saúde e o direito à igualdade.

O direito à liberdade, um dos bens jurídicos fundamentais, está inserido expressamente no preâmbulo da CRFB/88 e, ainda, em seu artigo 5°, inciso II[43], que assim estabelece: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei." [44]

---

[42] PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 274.

[43] O artigo se refere ao princípio da legalidade que é considerado "[...] nota essencial do Estado de Direito. É também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, [...] porquanto é essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da Lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais", conforme SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 420.

[44] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 170.

Para José Afonso da Silva, esse direito consiste "[...] na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal". [45]

Referindo-se à liberdade de procriação como um direito, um ato de autonomia do indivíduo, estabelece Olga Jubert Gouveia Krell:

> [...] o primeiro dos valores considerados como fundamento para a utilização dessas técnicas é liberdade pessoal, que não pode ser interpretada restritivamente; ao contrário, sua extensão é tão ampla, por definição, que seria possível reconhecer nela a faculdade que toda pessoa possui de determinar-se fisicamente, o que incluiria a sua própria reprodução[...]. [46]

Paulo Lôbo elenca a liberdade de escolha como pressuposto para a concretização da dignidade da pessoa humana[47]. Nesse ponto, assevera: "[...] consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada". [48]

Outro fundamento constitucional a ser abordado é o direito à saúde, que embora inserido no capítulo concernente aos direitos sociais, acarreta conseqüências jurídicas que podem ser pleiteadas de forma individual, consoante ensinamentos de Olga Jubert Gouveia Krell.[49]

Conclui a autora, que diante da definição de saúde adotada pela OMS, considerando-a como "o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social", "[...] as pessoas que não possuem capacidade de gerar filhos devem ser consideradas portadoras de uma 'doença', visto que o 'estado normal' de um ser humano saudável inclui a capacidade física de reprodução." A propósito, esclarece:

---

[45] SILVA, José Afonso (2003) apud KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.
[46] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.
[47] Diz-se dignidade da pessoa humana "[...] *a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"*,conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60, grifo do autor.
[48] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo**:** Saraiva, 2008. p. 59
[49] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 110.

> A "saúde sexual" de um indivíduo abrange o seu poder de procriar naturalmente. Onde há incapacidade nesse sentido, o afetado tem o direito a que o Estado disponibilize os meios para que ele possa ter filhos através da reprodução assistida. [...] os métodos de reprodução artificial estão intimamente vinculados à terapia de casais (ou indivíduos) impossibilitados de gerar por si, seus próprios filhos, tendo criado expectativas e esperanças no tratamento da esterilidade. [50]

No rol de fundamentos constitucionais aplicáveis ao direito de procriação, a proteção à família não poderia estar excluída. A CRFB/88, em seu art. 226, *caput*, é clara ao dispor: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado".[51]

Para Olga Jubert Gouveia Krell, o aludido dispositivo "[...] contempla também o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida [...]." Contudo, essa interpretação não deve ser generalizada, de forma a abranger qualquer tipo de técnica artificial, haja vista a possibilidade de se utilizar isso como forma de recusa à reprodução natural.[52]

A CRFB/88, em seu 226, § 7°, contempla, também, o direito ao planejamento familiar:[53]

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> § 7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.[54]

Nessa senda, oportuna novamente a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao esclarecer que os cônjuges, unidos pelos laços do casamento ou pelo companheirismo, podem exercer plenamente, nos temos do artigo supramencionado, o direito ao planejamento familiar, estando incluso neste, o auxílio às técnicas de reprodução assistida. A ressalva exposta pelo autor,

---

[50] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006. p. 110.
[51] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 129.
[52] KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 105.
[53] O planejamento familiar é definido como o "conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta os direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal", conforme BRASIL. Lei 9.263, de 25 de julho de 2000. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>.Acesso em: 4 nov. 2009.
[54] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2008. p. 129.

é que devem ser observados os limites impostos pela CRFB/88, dentre eles o comum desejo do casal de formar sua descendência por meio dos recursos oferecidos pela medicina.[55]

Incumbe, portanto, ao homem e à mulher a condição de titulares de direitos reprodutivos, ou seja, detém eles a autonomia de planejar sua filiação, de forma que o Estado não intervenha em suas decisões. Em razão disso, a filiação pode decorrer de origem genética, de escolha afetiva, de entidade monoparental ou mesmo de outra relação familiar não explícita. Admite-se, inclusive, com fundamento na entidade monoparental, a liberdade de constituição de família por apenas um dos genitores e sua prole. [56]

No que concerne ao direito à igualdade, esse será abordado no capítulo 4.

Denota-se, do acima apresentado, que vários direitos e deveres estão envolvidos quando se trata da utilização da reprodução medicamente assistida, desde direitos individuais, como a liberdade, até direitos sociais, caso do direito à saúde.

2.6 FILIAÇÃO EM FACE DA FERTILIZAÇÃO MEDICAMENTE ASSISITIDA

Antes de adentrar na problemática atinente à filiação em face da fertilização medicamente assistida, importante fazer algumas considerações acerca desse instituto, a iniciar-se pelo significado atribuído ao vocábulo. Nas palavras de Plácido e Silva, o termo *filiação* origina-se:

> [...] do latim *filiatio* (filiação), na terminologia jurídica é empregado para distinguir a relação de parentesco que se estabelece entre as pessoas que deram a vida a um ente humano e este. A filiação, pois é fundada no fato da procriação, pela qual se evidencia o estado de filho, indicativo do vínculo natural ou consangüíneo firmado entre o gerado e seus progenitores. É, assim, a indicação do parentesco entre os pais e os filhos, considerados na ordem ascensional, destes para os primeiros, do qual também procedem, em ordem inversa, os estados de pai (paternidade) e de mãe (maternidade) [...].[57]

---

[55] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 352.
[56] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo**:** Saraiva, 2008. p. 194.
[57] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2. p. 297.

Para Paulo Lôbo, trata-se de "[...] conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, umas das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga [...]."[58]

Nos primórdios da civilização humana, para a instituição das relações familiares, não havia a necessidade de vínculos de geração, consangüinidade ou de nascimento, pois os membros da família eram unidos pela religião do lar, como assevera Marcio Antonio Boscaro:

> Assim, era na organização religiosa que se fundamentava a base da família e, por isso, se um filho renunciasse ao culto, nenhuma importância ele passaria a ter para essa família. E, ao contrario, alguém que fosse adotado por uma família e começasse a cultuar os deuses domésticos passaria a ser considerado como um próprio filho, para o chefe dessa família [...].[59]

Tal vínculo possuía tamanha força que um filho, ao ser excluído do culto, assim também o era no que toca ao direito sucessório. Por outro lado, se um desconhecido se reunisse a essa família para tal celebração, mesmo vindo de adoção ele prosseguia a religião, tornava-se filho do dirigente da entidade familiar e herdava os bens deste. Assim, as relações de filiação predominantes daquela época, eram de essência totalmente subordinativa.[60]

No início do século XX, a família brasileira passou a ser calcada no "[...] modelo aristocrático estruturado no patriarcalismo, na exclusão, na matrimonialização, no patrimonialismo e na legitimidade dos filhos, merecendo ser tutelada transpessoalmente ainda que em detrimento de seus partícipes [....]".[61]

Pela concepção do Código Civil de 1916 (CC/1916), apenas uma família tinha o reconhecimento legal, a sociológica, a qual era instituída pelo matrimônio. Tão forte se apresentava esta estrutura, que se houvesse a separação de corpos e um dos cônjuges viesse a conceber um filho fora do casamento, este não era admitido na entidade familiar, uma vez que se vedava o reconhecimento de filho ilegítimo, ao argumento de que essa modalidade trazia risco à paz da família.[62]

---

[58] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo**:** Saraiva, 2008. p. 192.
[59] BOSCARO, Marcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.17.
[60] BOSCARO, Marcio Antonio**. Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.
[61] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 331.
[62] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 332-333.

Como o tratamento legal dispensado à filiação naquela época era inadequado, no percurso do século XX, o direito pátrio promoveu, lentamente, transformações que instituíram a igualdade entre os filhos. A partir disso, não se leva mais em conta o liame que une seus pais e muito menos a origem da parentalidade.[63]

Com o advento da CRFB/88, uma revolução ocorreu no Direito de Família, a qual veio a romper com a concepção de família[64] até então existente. Nesse sentido, é a lição apresentada por Eduardo de Oliveira Leite, que, ao discorrer sobre as regras instituídas por esse comando constitucional, explica:

> [...] por meio de, apenas dois artigos, no caso, arts. 226, § 5° e 227, § 6° provocou profunda alteração no Direito de Família brasileiro; primeiro, porque assimetria típica de um sistema estruturado na família patriarcal, hierarquizada, e organizada com base em papéis pré-determinados se volatiza diante do princípio da igualdade de direitos e deveres entre marido e a mulher (226, § 5°); segundo porque a categorização dos filhos, sob todos os aspectos criticável e injusta, já que penalizava os filhos, igualmente desaparece face ao princípio que repudia as odiosas discriminações e inadmissíveis desigualdades entre os filhos (art. 227, § 6°).[65]

Complementando o raciocínio, enfatiza Guilherme Calmon Nogueira da Gama que houve:

> [...] a inclusão jurídica nas famílias de várias pessoas que antes estavam fadadas à exclusão; a repercussão no modelo clássico de paternidade, de maternidade e de filiação; a pluralidade de entidades familiares multifacetadas; as origens dos vínculos jurídicos relacionados aos parentes; a igualdade de direitos e de qualificações dos filhos, o casamento e afiliação, o sistema de presunções e verossimilhanças, a matrimonialização dos filhos havidos antes do casamento de seus pais.[66]

Por força dessa revolução, toda ordem jurídica civilista que era centrada no CC/1916 passou à esfera constitucional e a CRFB/88, como assinala este autor, não deve ser considerada:

---

[63] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 332.

[64] Atualmentee, "a família é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir violência no âmbito de sua relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a *entidade familiar*. Entende-se também como tal a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também a *união estáv*el entre homem e mulher, cumprindo à lei facilitar a sua conversão em casamento[...]", conforme SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 848, grifo do autor.

[65] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 200.

[66] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 338.

> [...] *um simples pedaço de papel*: mas com força normativa superior a outras fontes, vinculada à realidade histórica e social do tempo em que é aplicável e, na eventualidade de possível antinomia entre norma constitucional e norma infraconstitucional, é de rigor a prevalência da regra constitucional sobre a outra, garantindo a unidade do sistema, e a observância dos princípios fundadores do ordenamento jurídico.[67]

Hodiernamente, na legislação brasileira vigente, não obstante a filiação ser, didaticamente, classificada em matrimonial ou extramatrimonial, como é feita por Maria Helena Diniz, ela é um conceito único "[...] não se admitindo adjetivações e discriminações".[68]

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, além das revolucionárias alterações propostas pela CRFB/88, a popularização do exame de DNA e os novos avanços da medicina, em especial no que concerne às técnicas de reprodução assistida "[...] alteraram profundamente as estruturas habituais que juridicamente estabeleciam as relações humanas. No momento em que se separou o vínculo parental de hereditariedade cromossômica abalou-se toda a estrutura do bem construído edifício da filiação".[69]

Os efeitos da reprodução assistida, principalmente no que concerne à filiação, figuram como aspectos novos no CC/2002.[70] Dispõe o art. 1.597 do estatuto:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> [...]
> III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.[71]

Nesse aspecto, importante mencionar que a filiação proveniente de procriação carnal e a de reprodução assistida mostram-se distintas, necessitando a primeira de contato sexual entre o homem e a mulher, dando origem "[...] a concepção do embrião que se desenvolve naturalmente no corpo da mulher que manteve a relação sexual, e o posterior nascimento da

---

[67] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.
[68] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 455.
[69] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5. p. 203.
[70] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5. p. 203.
[71] BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 198.

criança.[...]".[72] Por outro lado, a filiação proveniente de reprodução assistida decorre sem que haja contato entre o homem e a mulher, necessitando apenas: "[...] contato com o emprego de material fecundante para permitir a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* ou qualquer outra técnica que permita a fecundação do óvulo pelo espermatozóide[...].[73]

Ressalte-se que há similitude entre as técnicas de reprodução assistida e alguns vínculos de filiação e parentalidade previstos antes do surgimento das novas técnicas. A propósito, esclarece Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> [...] a reprodução homóloga encontra-se muito próxima do modelo clássico de parentalidade-filiação decorrente de reprodução carnal [....] ao passo que a reprodução heteróloga posiciona-se de modo muito mais chegado ao modelo clássico da parentalidade e da filiação derivadas, ou seja, do modelo da adoção, ainda que na maioria das vezes sob o prisma de apenas um dos pais[...].[74]

Anteriormente às descobertas dessas técnicas, o pressuposto para estabelecimento da filiação não se constituía na vontade de procriação, este era totalmente irrelevante, pois o que se levava em conta era a conjunção carnal.[75]

2.6.1 Filiação proveniente da técnica heteróloga

No tangente à filiação proveniente da técnica heteróloga, que se realiza com o material fecundante de um outro homem, geralmente um doador anônimo, para a mãe, em razão de o óvulo fecundado ser dela, o vínculo de filiação não gera maiores problemas, isso porque o material genético e o "critério jurídico" são idênticos. Possui a mãe e a criança vínculo biológico baseado na consangüinidade.[76]

A questão mais complexa diz respeito ao marido ou companheiro, uma vez que ausente o vínculo biológico entre ele e a futura prole. Para tanto, a origem do liame paternidade-

---

[72] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 341.
[73] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 342.
[74] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 349.
[75] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 351.
[76] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 360.

filiação terá outras origens, menos a consangüinidade, não sendo a verdade biológica considerada como pressuposto essencial para o estabelecimento da paternidade e da filiação. Existirá, nesse caso, não o parentesco natural, mas sim o civil.[77]

Relevante, diante de tais perspectivas, saber se à época em que se realizou a concepção, os recorrentes à técnica viviam em companheirismo ou eram casados, pois tal distinção influenciará na presunção da paternidade-filiação, consoante se verifica da lição apresentada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> [...] Em ocorrendo a concepção diante do tratamento que a mulher se submeteu no período do casamento, independente do consentimento do marido, haverá presunção de paternidade diante da verdade jurídica, que tem como pressuposto o risco da situação em que se encontra o marido no sentido de assumir as conseqüências do projeto parental colocado em prática pela sua esposa mesmo que unilateralmente. [...] incide perfeitamente a presunção de paternidade do marido relativo à criança, uma vez que ocorrido o nascimento com vida, diante do parto da mulher casada, o que revela que é a verdade jurídica embasadora da paternidade-filiação [...].[78]

A aludida presunção não é absoluta, pois se trata de uma presunção *iuris tantum,* podendo ser repelida caso o marido comprove que não exarou consentimento favorável à utilização da técnica medicamente assistida pela sua esposa. Para que haja o estabelecimento da paternidade-filiação, de forma que a presunção de paternidade seja *iures et* de *iure,* é necessária a "[...] a vontade, ínsita ao projeto parental, associada ao casamento [...]".[79]

Paulo Lôbo salienta que é necessário apenas que o marido aprove o uso do material genético desconhecido. Essa autorização deve ocorrer antecipadamente, não havendo óbice a sua concessão na forma verbal, uma vez que a lei não impõe a necessidade de o consentimento ser satisfeito pela forma escrita.[80]

A conseqüência advinda da não autorização do marido, na inseminação heteróloga, é a possibilidade de impugnação, por parte dele, da paternidade. Situação diferente ocorre se ele a autorizou, pois nesse caso não poderá impugná-la. [81]

---

[77] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 360.
[78] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361.
[79] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361.
[80] LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 200.
[81] VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil:** direito de família. São Paulo: Atlas, 2003. p. 280.

No entendimento de Paulo Lôbo, ao efetuar-se o consentimento, este não poderá ser revogado. Assim, a paternidade jamais será impugnada pelo marido, uma vez que é vedado no sistema jurídico o *venire contra factum proprium*, ou seja, não pode o marido "[...] voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé [...]."[82]

A proteção concedida a essa espécie de concepção visa fortificar a filiação socioafetiva. A verdade biológica, a partir daí, passa a ser recusada.[83]

No tocante aos vínculos de paternidade-filiação, o tratamento conferido aos casados e aqueles que vivem em uniões fundadas no companheirismo, é distinta. Nesse sentido, é a explicação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> Se a concepção decorrente das técnicas de reprodução assistida heteróloga ocorreu durante o convívio entre os companheiros, independente do consentimento de um daqueles, não há como se reconhecer a paternidade-filiação automaticamente como ocorre no casamento, exatamente porque não há presunção de paternidade. No entanto, a criança poderá pleitear o reconhecimento judicial da paternidade do companheiro de sua mãe se ele consentiu, pois, como vista na falta da relação sexual, não será este substrato fático que permitirá o estabelecimento da paternidade, mas sim a vontade associada à situação de fato à época da concepção [...]. Não havendo consentimento do companheiro, não será possível o reconhecimento da paternidade relativamente a ele [...].[84]

Depreende-se, da análise realizada, que o estabelecimento da filiação-paternidade, no tocante à técnica heteróloga, leva em conta o consentimento do marido da mulher a ser inseminada, bem como a relação que os unem, pois se o marido manter com a mulher uma relação de casamento e consentir a sua submissão à técnica heteróloga, a presunção de paternidade será *iures et* de *iure*, ou seja, não admite prova em contrário.

Situação divergente ocorre se a relação for fundada no companheirismo, pois nesse caso a paternidade não é imposta automaticamente, uma vez que inexiste a presunção de paternidade, como ocorre no casamento.

---

[82] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo**:** Saraiva, 2008. p. 201.
[83] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo**:** Saraiva, 2008. p. 201.
[84] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 364.

2.6.2 Filiação proveniente da técnica homóloga

A filiação decorrente da técnica homóloga é aquela em que se utiliza o gameta masculino e feminino dos próprios cônjuges. Em razão disso, a criança será concebida e nascerá no seio da família, que deve ser formada por genitores de sexos diferentes. Neste caso, como o material genético advém do próprio marido, não há maiores problemas jurídicos, pois a origem é biológica/genética. É a consangüinidade que vai determinar o parentesco, nesse caso, denominado civil. [85]

Assim, como os vínculos parentais são fixados em razão da consangüinidade, e a concepção ocorreu durante o casamento dos genitores e nos prazos fixados em lei, o CC/2002, em seu art. 1.597, inciso II, consagra a presunção da paternidade. Ao nascer com vida, a criança gerada por meio dessa técnica terá instituída a paternidade automaticamente, desde que a mãe esteja na condição de casada.[86]

No caso de haver companheirismo, partindo-se da mesma reflexão mencionada na filiação decorrente da técnica heteróloga, a vontade não configura elemento essencial para o estabelecimento dos vínculos de parentalidade-filiação. Acerca do assunto, adverte Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> [...] não há o princípio da indivisibilidade da filiação, por faltar exatamente a presunção de paternidade do companheiro relativamente ao filho de sua companheira e, diante dessa importante diferença, caso o companheiro não reconheça voluntariamente a paternidade em relação à criança concebida e nascida durante o companheirismo, a criança deverá promover a ação judicial buscando o reconhecimento forçado da paternidade, sob o fundamento da paternidade biológica e a circunstância de a concepção haver ocorrido durante o período do companheirismo do casal. [...].[87]

Com base nas lições apresentadas, observa-se que a utilização da técnica homóloga não acarreta maiores conseqüências jurídicas no que concerne ao estabelecimento da filiação,

---

[85] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 365.
[86] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 365.
[87] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 366.

uma vez que o material fecundante é proveniente do marido ou companheiro da mulher a ser inseminada, havendo, portanto, a origem biológica. Assim, a criança proveniente da referida técnica tem direito à presunção da filiação, nos termos do artigo 1.597, inciso III, do CC/2002.

A polêmica e a dúvida se voltam para questões de ordem sucessória no tangente a filiação proveniente da técnica de inseminação *post mortem*, tema central do presente trabalho e que será objeto de estudo do capítulo 4.

3 SUCESSÃO

Neste capítulo serão tratados alguns pontos concernentes ao direito sucessório, o qual se encontra regulamentado no CC/2002, que dispõe sobre as normas atinentes à transmissão do patrimônio do *de cujus*[88] aos herdeiros por ele deixados.

Essa abordagem será de suma importância para a compreensão do capítulo 4, na medida em que se demonstrará qual é a classe ocupada pelos descendentes, de que forma eles podem receber o acervo hereditário deixado pelo seu ascendente e, ainda, algumas vedações no tocante ao afastamento da herança por algumas classes de sucessores.

3.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O direito das sucessões, consoante esclarece Arnoldo Wald, vem regulamentado no último livro do CC/2002. Não obstante isso, hodiernamente a matéria tem guarida constitucional, "[...] porquanto o art. 5°, que disciplina acerca dos limites e garantias individuais, introduziu, no inciso XXX da Carta Magna de 5 de outubro de 1988, o direito de herança".[89]

Eduardo de Oliveira Leite, ao tratar de sucessão, afirma que ela pode realizar-se de várias maneiras: "A título gratuito (doação); a título oneroso (compra e venda); por ato *inter vivos*[90]; por ato *mortis causa"*.[91] Entretanto, quando se refere ao Direito das Sucessões, o destaque se volta para transferência por motivo de óbito.[92]

---

[88] O termo *de cujus* é uma abreviatura de origem latina da frase de cujus sucessione (ou hereditatis) agitur que significa "[...] aquele cuja sucessão (ou herança) se trata", conforme GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 16. p. 3.

[89] WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. 14.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6. p. 1.

[90] Diz-se sucessão *inter vivos* aquela decorrente de "[...] de disposição contratual entre as partes interessadas na realização de um negócio jurídico, como ocorre na compra e venda ou na doação de bens[...]", conforme: OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem de sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 5.

[91] A sucessão *causa mortis* é aquela que "[...] provém de um fato jurídico, consistente na morte de alguém a deixar bens que se transmitem aos sucessores, o mesmo podendo ocorrer, por morte presumida, no caso de ausência do antigo proprietário", conforme: OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem de sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

[92] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 24.

Na mesma linha de entendimento, asseveram Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “O Direito das Sucessões, enquanto ramo do direito civil “[...] trata exclusivamente da sucessão decorrente do falecimento da pessoa. Emprega-se o vocábulo sucessão em um sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, se tornado o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertencia”.[93]

Atualmente, o cunho da sucessão é eminentemente econômico. Entretanto, nem sempre foi assim, pois o direito sucessório, em certa passagem histórica, era calcado em “um sentimento extrapatrimonial”, ou seja, vinculava-se à idéia de continuidade da religião doméstica.[94]

Leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que a agregação familiar em Roma, na Grécia e na Índia das Leis de Manu, era assentada na religião. Esta possuía papel relevante para esses povos, sendo que eram considerados integrantes da mesma família os indivíduos que cultuavam o mesmo culto.[95]

Nesse ponto, oportuna a observação feita por Carlos Roberto Gonçalves, que, adepto ao posicionamento de Fustel de Colanges[96], aduz:

> [...] o culto dos antepassados desenvolve-se diante do altar doméstico, não havendo castigo maior para uma pessoa do que falecer sem deixar quem lhe cultue a memória, de modo a ficar seu túmulo ao abandono. Cabe ao herdeiro o sacerdócio desse culto. [97]

Essa era a razão de a herança[98] ser transferida ao primogênito varão, ou seja, à linha masculina, pois era o filho que cultuava a religião doméstica e não a irmã. Esta, por sua vez, não

---

[93] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 24.

[94] WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. 14.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 6. p. 2.

[95] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**. Comentários ao código civil**:direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 3.

[96] Numa Diniz Fustel de Coulanges é um “historiador francês do século XIX (1830-1889). [...] Desde a sua juventude, já demonstrava o interesse pela pesquisa, produzindo inúmeras obras no domínio da História, Direito e Política. Entre 1857 e 1885, publicou, entre outras obras: Memórias sobre a ilha de Quios, Políbio ou a Grécia conquistada pelos romanos, A Cidade Antiga - estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma (1864)”. Disponível em: < http://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=12406>. Acesso em: 20 set. 2009.

[97] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 7. p. 3.

fazia jus a esse direito, pois, ao realizar o matrimônio, ela dissipava o liame que a unia a sua família, passando a fazer parte da família do seu cônjuge .[99] Para a filha poder participar da divisão da herança com o seu irmão, no tocante a administração do patrimônio, ela deveria ser solteira, haja vista que o casamento fazia com que ela perdessse tal direito.[100]

Consoante explica Eduardo de Oliveira Leite: "[...] Os direitos de progenitura e varonia, como manifestação veemente da política patriarcal, mantinham a família poderosa e impedia a divisão da fortuna. Herança e obrigação religiosa achavam-se permanentemente vinculadas".[101]

Infere-se, portanto, que o direito de sucessão, embora atualmente tenha caráter econômico, ele nem sempre foi assim. Da mesma forma que a família abordada no capítulo 1, o direito de sucessão, na antiguidade, vinculava-se a idéia de continuidade da religião.

3.2 CONCEITO

O vocábulo "sucessão" é originário do latim *succedere*, equivalente a "vir no lugar de alguém". No vocabulário jurídico, ele possui duas conotações, consoante assenta Eduardo de Oliveira Leite:

> [...] Em sentido próprio (ou restrito) ela designa a transmissão de bens de uma pessoa em decorrência de sua morte. Com a transmissão, a sucessão estabelece uma ligação entre duas pessoas: a) o autor (ou defunto) - usualmente denominado *de cujus*; b) o sucessor - termo genérico que abrange as espécies, herdeiro e legatário.

---

[98] O vocábulo herança significa "[...] o conjunto patrimonial transmitido causa mortis. Diz-se, também, acervo hereditário, massa ou monte [...]", conforme: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6.

[99] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 7. p. 3.

[100] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 4.

[101] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 26.

> Em sentido amplo, a sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa toma o lugar da outra, substituindo o antigo titular nos direitos que lhe competiam.[102]

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka afirmam que a sucessão é a mudança de postos em uma relação de direito, ou seja, uma pessoa é afastada, enquanto a outra ocupa o seu lugar: A propósito, esclarecem:

> Opera-se, através dessa seqüência, a troca de titulares de um direito, afastando-se uma pessoa da relação jurídica e, em seu lugar, ingressando outra, que assume todas as obrigações e direitos de seu antecessor. Subsiste o objeto original, mas substitui-se o sujeito na relação, inserindo-se um no lugar do outro.[103]

No entendimento de Carlos Maximiliano, o Direito das Sucessões apresenta-se em sentido objetivo e subjetivo:

> [...] em sentido objetivo, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em conseqüência de sua morte. No sentido objetivo, mais precisamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto.[104]

Assim, o direito de sucessões, também denominado direito hereditário "[...] apresenta-se como o conjunto de regras e complexo de princípio jurídicos pertinentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores".[105]

Denota-se, portanto, que a sucessão, não obstante realizar-se por atos *inter vivos* e apresentar-se com denominações diferentes, enquanto ramo do direito civil, ela diz respeito à transmissão do patrimônio de uma pessoa, em decorrência de sua morte, aos seus sucessores.

3.3 A TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS*

---

[102] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 23.
[103] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.1.
[104] MAXIMILIANO (1942) apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 7. p. 2.
[105] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.24.

Leciona Eduardo de Oliveira Leite que: "A sucessão *causa mortis* se abre com a morte do autor e a titularidade de seus direitos deve transmitir imediatamente aos seus sucessores a título universal, já que é inconcebível a ocorrência de direito subjetivo sem titular".[106]

Frise-se, por oportuno, que a abertura da sucessão tem o condão de realizar a transferência do patrimônio, constituído pelo conjunto de valores positivos e negativos, aos sucessores, legítimos ou testamentários. Contudo, alguns direitos e obrigações do *de cujus* não são transmitidos aos seus herdeiros, uma vez que possuem natureza personalíssima e deixam de existir no momento do óbito da pessoa. Outros, embora de cunho eminentemente patrimonial, por serem inseparáveis da pessoa, ou seja, inerentes a ela, não continuam com os herdeiros após o falecimento do autor da herança.[107].

Caio Mário da Silva Pereira menciona que a concepção de morte encontra-se embutida no cerne dos princípios que regem o direito das sucessões. Ademais, é inadmissível, em nosso sistema jurídico, contrato que vise negociar herança de pessoa viva, razão pela qual a herança é tratada como mera expectativa e não como direito adquirido, o qual somente ocorre em momento superveniente ao óbito.[108] Admite-se, unicamente, a presunção da morte, quando é permitida a abertura da sucessão do ausente[109]. Trata-se de uma exceção do direito sucessório, pois é consentida a abertura da sucessão em face do desaparecimento do indivíduo, sem, contudo, estar provado o seu óbito.[110]

Conforme demonstrado, a transmissibilidade dos bens se dá em razão da morte do indivíduo, quando se abre à sucessão, razão pela qual se faz necessário o registro de sua veracidade. Ela poderá "[...] ser provada, no plano biológico pelos meios que se vale a Medicina

---

[106] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 34.
[107] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 7. p. 28.
[108] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 7. p. 17.
[109] Entende-se por ausente "[...] a pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administra-lhe os bens (CC, art. 22). [...]", conforme GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 7. p. 15.
[110] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 14-16.

Legal, e no plano jurídico, pela certidão passada pelo Oficial de Registro Civil, extraída do registro de óbito (Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 77)".[111]

Não havendo a certidão de óbito passada pelo Oficial de Justiça, a prova da morte pode ser satisfeita de outras formas. O interessado pode utilizar-se de "justificação em juízo, testemunhas e levantamento pericial".[112]

A Medicina Legal[113] dispõe que a morte possui dois conceitos diferentes:

> [...] a cerebral e a circulatória. Como morte cerebral entender-se-ia aquela em que houve cessação da atividade elétrica do cérebro e, como morte circulatória, à qual ocorreu parada cardíaca irreversível, não havendo respostas às técnicas utilizadas pela Medicina para o reavivamento".[114]

Caio Mário da Silva Pereira sustenta que a morte é um fato inalterável, e por essa razão ela dá ensejo à abertura da sucessão, transferindo-se aos sucessores o patrimônio do *de cujus*, prescindindo-se que eles estejam presentes ou que manifestem o seu desejo, o que importa é que estejam vivos nessa ocasião.[115]

Pelas regras contidas no art. 1.784 do CC/02: "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". [116] Nas lições de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a referida transferência ocorre tendo em vista que "[...] as relações jurídicas não podem ficar privadas de um titular, opera-se *ipso jure*, com o

---

[111] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 7. p. 17.

[112] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 7. p. 23.

[113] Segundo a Associação Brasileira de Medicina Legal: "A medicina legal é uma especialidade médica reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina, Associação Médica Brasileira e Comissão Nacional de Residência Médica do Ministério da Educação, e é responsável pela execução de atos médicos dos quais são elaborados documentos com fé pública denominados laudos. Estes documentos permitem aos seus portadores (periciandos), reivindicarem direitos nas diversas áreas do Direito (Penal, Cível, Administrativo, Trabalhista, Previdenciário, etc.). [...] é exercida tanto pelos MÉDICOS – LEGISTAS, cujo trabalho mais conhecido é exercidos nos Institutos de Medicina Legal (atendem aos indivíduos que sofrem algum tipo de violência física ou mental) quanto por aqueles que realizam PERÍCIAS MÉDICAS nas diversas áreas do Direito citadas acima". Disponível em: <http://www.abml-medicinalegal.org.br/institucional/quemsomos.php>. Acesso em: 20 set. 2009.

[114] QUADROS, Rubiane de Lima. **Manual de direito das sucessões.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 23. Disponível em<http//www.juruá.com.br/bvf/conteúdo.asp?pag=a&r=30442>. Acesso em: 20 set. 2009.

[115] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6. p. 3.

[116] BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 219.

falecimento, a transmissão da herança; e a esta substituição, do *de cujus* aos seus herdeiros, se faz automaticamente, no plano jurídico [...]". [117]

A transferência da posse e da herança pelo *de cujus* aos seus herdeiros, é conhecido como princípio da *saisine*.[118] A respeito, ensinam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> Este princípio é chamado *droit de saisine*, e vem expresso na regra tradicional do direito gaulês *le mort saisit le vif*. Quer dizer, instantaneamente, independentemente de qualquer formalidade, logo se abre a sucessão, investe-se o herdeiro no domínio e posse dos bens constantes do acervo hereditário. [119]

Nessa seara, importante ressaltar que, diferentemente do que ocorria no CC/1916, em seu art. 1.576, onde havia a transmissão do domínio e da posse, a legislação atual menciona apenas a transmissão da herança. Houve um aperfeiçoamento da redação estabelecida no diploma anterior. Carlos Roberto Gonçalves, ao justificar a alteração, menciona:

> [...] O vocábulo 'domínio' tem acepção restrita aos bens corpóreos, enquanto a palavra 'herança' tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do *de cujus*, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (CC, art. 91).[120]

Ressalte-se que pelas regras dispostas no art. 1.791, parágrafo único, do CC/2002, "a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros". Desse modo, as relações entre os herdeiros, bem como com terceiros, serão regidas pelas normas de condomínio. Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar da matéria, salienta:[121]

> Aplicam-se às relações entre os herdeiros, e as destes com terceiros, durante a tramitação do inventário, as normas concernentes ao condomínio, exceto quando há preceito próprio do direito das sucessões a tratar da matéria. Desse modo, [...] qualquer um dos herdeiros

---

[117] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.
[118] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 7. p. 19.
[119] CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**. Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.
[120] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 7. p. 14.
[121] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5 .p. 245.

> está legitimado para a ação possessória, caso a posse de bem da herança seja ameaçada, turbada ou esbulhada; está também legitimado para reivindicar de terceiro o bem herdado; pode [...] exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão [...].

Infere-se, assim, que os herdeiros, após a morte do *de cujus*, pelo princípio da *saisine*, tomam lugar na posição anteriormente ocupada pelo falecido, exceto em alguns direitos e obrigações que se extinguem com ele, em função de serem personalíssimas. Da abertura da sucessão à partilha, são aplicadas aos sucessores as regras condizentes ao condomínio, o que não os impedem de exercerem certos direitos para a preservação do patrimônio herdado.

3.3.1 Espécies de sucessão *causa mortis*

O art. 1.786 do CC/2002 dispõe: "A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade".[122]

Legítima ou testamentária, é a classificação da sucessão quanto fonte a que se origina. A primeira, também chamada de sucessão legal, é a que ocorre por determinação de lei. A segunda, por sua vez, é a resultante de manifestação de última vontade e se perfaz por meio de testamento confeccionado pelo *de cujus*, obedecidas à forma e condições previstas em lei.[123]

Euclides Benedito de Oliveira, sobre a sucessão testamentária, em especial no tocante à observância de sua exteriorização, assenta:

> Significa dizer que o ordenamento legal fortalece a última vontade da pessoa, desde que externada pelos modos e formas previstos e definidos, como testamento ou codicilo. Sendo indicada por uma dessas formas e não padecendo de vícios do consentimento, a vontade individual encontra sustento por meios de efetivar-se após a morte do titular dos bens, a fim de operacionalizar a transmissão destes aos beneficiários, qualificados como sucessores do falecido.[124]

---

[122] BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 219.
[123] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 40.
[124] OLIVEIRA, Euclides Benedito de**. Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

Conforme ensinamentos do autor: "[...] A sucessão testamentária, quando presente, consolida a sua prevalência sobre a ordem de chamamento prevista na lei, desde que fiquem ressalvados os direitos dos herdeiros necessários – se houver- à metade do valor da herança".[125]

A sucessão legítima, de acordo com o disposto no art. 1.788 do CC/2002[126], dar-se-à quando o autor da herança morrer sem deixar testamento- *ab intestato*-, ou quando este caducar[127] ou for julgado nulo. Assim, falecendo a pessoa sem deixar disposição de última vontade:

> [...] transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei (CC, art. 1.829), de acordo com uma ordem preferencial, denominada ordem de vocação hereditária. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a vontade presumida do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção.[128]

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka explica que a sucessão legítima não se dá somente na inexistência de testamento, ela promove-se também nas hipóteses em que existe o testamento, contudo:

> [...] a disposição válida não contempla a destinação voluntária de toda a herança, mas apenas de alguns bens (CC, art. 1.788), ou se as quotas hereditárias instituídas não absorvem a totalidade do acervo (CC, art. 1.906), ou, ainda, se existirem herdeiros necessários que não podem ser excluídos por disposição de última vontade (CC, art. 1.789). Assim,[...] a sucessão legítima e testamento convivem no mesmo processo, operando-se simultaneamente na mesma transmissão *causa mortis*.[129]

Saliente-se que a sucessão legítima e testamentária podem ocorrer de forma simultânea, caso não estejam englobados no testamento todos os bens do falecido. Desse modo,

---

[125] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

[126] Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 220.

[127] A expressão caducar é utilizada para aduzir que o testamento tornou-se ineficaz por motivo superveniente, como exemplo tem-se a ausência do beneficiário nomeado pelo testador ou dos bens deixados, conforme GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 25.

[128] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 24.

[129] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 42.

pelas regras constantes no art. 1.788, segunda parte, do CC/2002, os bens não inclusos serão transferidos aos sucessores legítimos.[130]

José Luiz Gavião de Almeida, nesse rumo, dispõe: "A sucessão testamentária não impede a sucessão legítima, podendo as duas coexistir. A sucessão legítima, como estabelece o legislador, aliás, é subsidiária da sucessão testamentária [...]".[131]

Consoante a forma de determinação dos bens da herança, a sucessão recebe a classificação em: a título universal e a título singular. Dá-se a sucessão a título universal quando a transmissão do patrimônio do *de cujus* é efetuada como um todo, ou seja, atribui-se aos sucessores as suas partes ideais. Pode ocorrer tanto na sucessão legítima como na testamentária. Por outro lado, na sucessão a título singular, o testador transfere bens determinados a beneficiário determinado.[132]

A sucessão a título singular somente ocorre na sucessão testamentária, em que, por meio de manifestação de último desejo, o testador intitula um ou demais beneficiários, denominados legatários, os quais receberão bem certo e individualizado, denominado legado.[133]

Assinalam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que a sucessão legítima é sempre a título universal, de forma que quem sucede é o herdeiro, o qual a lei assim o determina.[134]

À guisa de ilustração, é pertinente mencionar que alguns doutrinadores sustentam a existência de outras modalidades de sucessão, como a contratual e a anômala. Aquela decorre da relação contratual, contudo não é admitida em nosso ordenamento jurídico, em razão de serem vedados acordos sucessórios, porquanto, de acordo com o previsto no art. 426 do CC/2002[135], herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato. Admite-se, contudo, uma única exceção,

---

[130] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 7. p. 25.
[131] ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Atlas, 2003. v. 18. p. 22.
[132] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito das sucessões.15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6. p. 18.
[133] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** o direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 4.3.
[134] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43.
[135] BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64.

a qual está prevista no art. 2.018 do CC/2002[136], que permite aos pais podem, por meio de atos entre vivos, fazer a partilha de seus bens aos descendentes.[137]

No que concerne à sucessão anômala, diz-se daquela que, não obstante ocorrer pela morte, não encontra preceitos no direito sucessório.[138]

3.3.2 Espécies de sucessores

Sucessores, nas palavras de Euclides Benedito de Oliveira, são: "[...] pessoas que a lei contempla com esse direito, segundo determinada escala de preferência a que se denomina 'ordem de vocação hereditária"'.[139]

Para Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, aceita-se a seguinte classificação: "*Herdeiros* e *legatários;* dentre os herdeiros, os *testamentários* e os *legítimos*, podendo estes últimos, ainda serem classificados como herdeiros *necessários* e *facultativos* [...]".[140]

São considerados legítimos, os sucessores indicados pela lei, obedecido à ordem preferencial disposta no art. 1.829 do CC/2002. Pode ocorrer, também, através de regra especial, como é o caso da sucessão das pessoas unidas pelos laços do companheirismo. Diz-se, por outro lado, herdeiros testamentários ou instituídos, aqueles escolhidos pelo testador por manifestação de última vontade.[141]

---

[136] Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 242.
[137] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 7. p. 26.
[138] ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Atlas, 2003. v. 18. p. 21.
[139] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52.
[140] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 45.
[141] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.46.

O outro critério de classificação distingue o herdeiro em necessário e facultativo. Preleciona Carlos Roberto Gonçalves, que o primeiro, também conhecido como legitimário ou reservatário:

> [...] é o descendente ou ascendente sucessível e o cônjuge (CC, art. 1.845), ou seja, todo parente em linha reta não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação, bem como o cônjuge, que passou a desfrutar dessa qualidade no Código Civil de 2002, constituindo tal fato importante inovação.[142]

Fábio Ulhoa Coelho esclarece que o efeito jurídico decorrente da classificação do herdeiro como necessário, é: "[...] a impossibilidade de o autor afastá-lo da sucessão ou prejudicar sua participação por mera vontade.[...]". [143] Essa classe de herdeiros representa uma limitação à liberdade de testar, tendo em vista que a eles são reservados 50% do montante deixado pelo falecido, valor este não passível de disposição de última vontade.[144]

Com relação aos herdeiros facultativos, diferentemente do que ocorre com o herdeiro necessário, são aqueles que podem ser afastados da herança por mera vontade do testador, desde que este deixe declarado, de forma expressa, no testamento, o seu desejo. Nessa classificação estão os colaterais até o 4° grau.[145]

3.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

O sucessor, para ter direito a herdar, deve estar inserido numa classe que "corresponde a sua vocação hereditária".[146] Levando-se em conta que a vocação hereditária está

---

[142] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 28.
[143] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 232.
[144] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**. Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.
[145] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.
[146] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**.: direito das sucessões.15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6. p.36.

atrelada à nomeação do herdeiro, na presente secção serão abordados aspectos concernentes às exigências para poder estar nessa condição.

3.4.1 Legitimação para suceder

Para que ocorra a transmissão dos bens aos herdeiros, é necessário que eles possuam legitimação para suceder, que consiste "[...] na aptidão para receber a herança, ou seja, é a condição da pessoa que lhe permite ser titular de direito sucessório invocado [...]".[147]

Carlos Roberto Gonçalves, ao discorrer sobre o tema, assenta: "[...] No direito sucessório vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei".[148]

Menciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que, em virtude de a lei não criar distinção entre sucessão legítima e testamentária, "[...] podem ser herdeiros legítimos, testamentários ou mesmo legatários os indivíduos que já tiverem nascido quando do momento exato do falecimento do *de cujus*, bem assim, todos os que já estivessem concebidos no mesmo momento".[149]

Entendem-se por pessoas nascidas aquelas que possuem capacidade de respirar sem necessitarem de sua mãe, ou seja, são autônomas a ela. Dessa forma, para ser considerada pessoa nascida não se deve levar em conta o momento em que o feto é repelido da mãe, mas sim se já possui condições de, por conta própria, desenvolver a respiração. [150]

É, portanto, a existência da pessoa, física ou jurídica, no instante da abertura da sucessão, o passo inicial para a averiguação da legitimação. A razão de tal pressuposto é que a

---

[147] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99.
[148] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2009. v. 6. p. 50.
[149] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil:** direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 92.
[150] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 92.

herança deve ser transmitida a alguém, pois ele [...] não se destina ao vazio, não se transmite ao nada [...]".[151]

Não obstante o art. 2° do CC/2002 prescrever que o marco inicial da personalidade ser o nascimento com vida, os direitos do nascituro são preservados desde o momento da concepção, ocasião em que o novo ser está sendo gerado.[152]

Ao defender essa vertente, explica Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> [...] Se já concebido quando da abertura da sucessão, embora ainda carecedor de personalidade, tem preservada a titularidade de direitos condicionada ao nascimento com vida, caso contrário, não terá existido como ser humano, e assim (inexistente) será tratado no direito sucessório.[153]

No tocante à sucessão da pessoa jurídica, leciona Caio Mário da Silva Pereira que o pressuposto para a capacidade é a "existência legal", que ocorre com a inscrição de seu ato constitutivo no registro competente. Contudo: "Admite-se, igualmente, que a instituição hereditária permaneça deferida a uma sociedade ainda não legalmente constituída (*sociedade de fato*), aguardando-se torne em sociedade regular quanto, então, opera-se a transmissão". [154]

Destaca-se, ainda, a sucessão das fundações, prevista no inciso III do art. 1.799 do CC/2002[155]. O referido dispositivo "[...] abre, com efeito, outra exceção, em favor das pessoas jurídicas cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de *fundação*. Esta pode ser criada por escritura pública ou por testamento [...]. No último caso, por ainda não existir a pessoa jurídica idealizada pelo testador, aberta a sucessão os bens permanecerão sob a guarda provisória da pessoa encarregada de instituí-la, até o registro de seus estatutos, quando passará a ter existência legal".[156]

---

[151] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**. Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 101.

[152] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 50.

[153] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao código civil**: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20. p. 102.

[154] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões.15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6. p. 34-35.

[155] Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: [...] III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 221.

[156] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 58.

3.4.2 Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima

Considerada a *espinha dorsal* da sucessão legítima, a ordem de vocação hereditária diz respeito à forma que o legislador utilizou para regulamentar o grupo de herdeiros chamados a suceder, seguindo uma ordem preferencial.[157]

Conforme destacam Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: "Ordem de vocação hereditária é a seqüência de pessoas ligadas ao falecido por laços de parentesco[158] ou familiares que, uns na falta de outros, com exclusividade ou em conjunto quando da mesma classe, são eleitos pela lei como herdeiros (CC, art. 1.829)".[159]

Nas palavras de Euclides Benedito de Oliveira, o parentesco decorre de relação consangüínea, civil ou por afinidade. O primeiro, provindo de vínculo de sangue, diz respeito ao liame existente entre indivíduos procedentes um dos outros ou de um tronco ancestral comum. Por outro lado, o parentesco civil é aquele constituído em decorrência de lei, sendo, no ordenamento jurídico existente, representado por meio da adoção. Por derradeiro, tem-se o parentesco por afinidade, compreendido o vínculo que une um cônjuge aos parentes do outro. [160]

Determina-se o liame de parentesco por linhas e graus. Diz-se linhas o vínculo existente entre pessoas que descendem de um tronco ancestral comum. Há a linha reta e a colateral transversal. No tocante à primeira subdivisão, dispõe o art. 1.591 do CC/2002 "são parentes, em linha reta, as pessoas que estão umas paras as outras na relação de ascendentes e descentes". Assim, reputam-se inseridos nessa classificação, os ascendentes (pais, avós, bisavós,

---

[157] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127.

[158] A expressão parentesco é utilizada para referir-se ao "[...] nexo que une uma pessoa a outra, por laços de sangue ou por criação artificial da lei, ou que aproxima uma pessoa dos parentes da outra, em virtude de relações conjugais entre elas", conforme ALMEIDA, José Luiz Gavião**. Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Atlas, 2003. v. 20. p. 200.

[159] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

[160] ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código civil comentado**: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Atlas, 2003. v. 20. p. 200.

etc), bem como os descendentes (filho, netos bisnetos etc.), inexistindo, na linha reta, limitação de grau.[161]

De outro norte, consoante estabelece o art.1.592 do CC/2002[162], a linha colateral corresponde "as pessoas que provém de um só tronco, sem descenderem uma da outra". Sobre elas, ensina Euclides Benedito de Oliveira que são os: "[...] colaterais os irmãos, sobrinhos, tios, primos, sobrinhos netos e tios-avós [...]".[163]

A sucessão legítima, de acordo com o disposto no art. 1.829 do CC/2002, obedece a seguinte ordem:

> 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 separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
> II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
> III – ao cônjuge sobrevivente;
> IV – aos colaterais.[164]

No dizer de Washington de Barros Monteiro, cada inciso do referido artigo está relacionado a uma classe, sendo o chamamento feito de forma contínua, ou seja, sucessiva. A propósito, estabelece:

> [...] só se convocam ascendentes se não houver descendentes; por sua vez, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, com as exceções previstas no inciso I do art. 1.829, com os descendentes e é chamado com exclusividade se não existem descendentes e ascendentes; à falta dos anteriores, convoca-se os colaterais. Uma classe tem precedência sobre a outra [...].[165]

---

[161] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 70.
[162] Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 197.
[163] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71.
[164] BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224.
[165] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 87.

A classe privilegiada da vocação hereditária é constituída pelos descendentes, pois são eles que formam a primeira classe de pessoas sucessíveis. Os filhos herdam em igualdades de condições, não havendo a preferência de varonia e progenitura que ocorria no CC/1916, quando, na ordem de vocação, eram os únicos, excluindo-se os outros.[166]

Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka[167], acerca da divisão da herança entre os descendentes, esclarecem:

> Assim, se só os filhos concorrem à herança, todas a recebem com igual direito, partilhando-se o acervo em quotas iguais, tantos quanto forem os irmãos. Na falta de todos os filhos, são chamados à sucessão os netos, que, estando todos vivos, dividem a herança por cabeça, atribuindo-se igual quinhão para cada um, independentemente de quem seja o pai – ou seja, se convocados quatro netos, três filhos de um irmão e um filho de outro, divide-se a herança por quatro, adquirindo cada qual 25% do acervo.

Na hipótese de invocarem a herança gerações distintas, resolve-se a situação por meio de direito de representação, ou seja, concede-se aos filhos "[...] de herdeiro pré-morto o direito na herança que a ele caberia se vivo fosse, sendo imprescindível a existência de algum outro herdeiro vivo da geração do representado". Assim, não estando mesmo grau os herdeiros chamados a suceder, a partilha se efetua por estirpe, e não mais por cabeça.[168]

Hodiernamente, os descendentes recebem a integralidade da herança, desde que não haja concorrência com o cônjuge supérstite. Afasta-se a concorrência nas hipóteses previstas no inciso I do art. 1.829 do CC/2002.[169]

O cônjuge sobrevivente, não obstante estar, na ordem de sucessão hereditária, em terceiro lugar, com o advento do CC/2002 ele passou a ostentar a condição de herdeiro legítimo necessário, concorrendo à divisão da legítima de forma igualitária com os descendentes ou ascendentes. Não se admite mais a sua exclusão pelos herdeiros dessas classes. Sobre o assunto, esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

> [...] Não podem ser eles afastados pelo arbítrio do autor da herança, sendo-lhe defeso diminuir, onerar, gravar ou mesmo suprimir a legítima dos herdeiros necessários, salvo

---

[166] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 89.
[167] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**. Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 145.
[168] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 145-146.
[169] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6 p. 89.

> caso de deserdação[....]. As cláusulas restritivas da legítima só são admitidas se houver justa causa, declarada no testamento (art. 1.848).[170]

Não há, portanto, concorrência, se o regime de bens era o da comunhão universal, haja vista "[...] a confusão patrimonial já ocorrer desde a celebração da união nupcial, garantindo-se ao cônjuge sobrevivo, pela meação adquirida, proteção necessária. De fato, sendo o viúvo ou a viúva titular da meação, não há razão para que seja ainda herdeiro, concorrendo com os filhos do falecido".[171]

Veda-se, ainda, a concorrência se o regime de bens do casal era o da separação obrigatória, pois os bens se comunicam nesse regime. Nesse sentido, é a justificativa concedida por Carlos Roberto Gonçalves:

> Essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam. Exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial por vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal. É a única exceção ao princípio de que inexistindo a meação, haveria a concorrência.[172]

A terceira hipótese de não concorrência ocorre se o regime de bem adotado era o de separação parcial de bens, não tendo o autor da herança deixado bens particulares. Para essa exceção, assevera Eduardo de Oliveira Leite que o legislador estabeleceu duas hipóteses. A primeira leva em conta a meação, ou seja, o cônjuge sobrevivente é afastado da concorrência com os demais descendentes, em razão de já ser meeiro nos aqüestos. Estes, por serem divisíveis, dão guarida ao cônjuge viúvo. Por outro lado, se o falecido deixou bens particulares, o cônjuge sobrevivente terá direito à concorrer com os descendentes. [173]

---

[170] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p.150.
[171] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p.151.
[172] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 151.
[173] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 140.

Dessa forma, de acordo com o disposto no art. 1.832 do CC/2002[174], no concurso do cônjuge sobrevivente com os filhos do falecido, a partilha se faz de forma equânime, ou seja, a divisão de bens é feita por cabeça, de forma igualitária entre os herdeiros, recebendo cada qual o mesmo montante.[175] Ao cônjuge sobrevivente, inclusive, é vedada a possibilidade de o seu quinhão ser menor que a "quarta parte" da herança, na hipótese de haver filhos em comuns entre ele e o *de cujus*.[176]

Inexistindo herdeiros descendentes do autor da herança, continuando a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do CC/2002, convocam-se os ascendentes. Nessa sucessão reina o princípio da proximidade, prevista no art. 1.836, §1°, que dispõe: "Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas".[177]

A respeito do tema, esclarece Eduardo de Oliveira leite: "Assim, se o *de cujus* tiver mãe viva e avós paternos, todo o seu patrimônio será deferido à mãe sobrevivente, nada cabendo aos descendentes de seus pais, já que na linha ascendente inexiste o direito de representação".[178]

Na hipótese do art. 1.836, § 2° em que: "havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha materna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha paterna", a herança é concedida a todos, uma vez que é dividida ao meio, pertencendo a metade aos avós paternos e a outra aos avós maternos.[179]

Com a classe dos ascendentes, concorre também o cônjuge sobrevivente, não importando o regime de comunhão adotado, consoante assenta Washington de Barros Monteiro:

> Para herdar em concorrência com os ascendentes, em nada interfere o regime de bens do casamento, bastando sejam atendidos os requisitos do art. 1.830. Concorrendo com os ascendente em primeiro grau, o cônjuge receberá um terço da herança; se houver apenas

---

[174] Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

[175] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 142-143.

[176] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 156.

[177] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 92.

[178] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 144.

[179] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 94.

> um ascendente, ou se maior for aquele grau, recolherá a metade da herança (art. 1.837).[180]

Não obstante a sua concorrência na ordem sucessória, o cônjuge sobrevivente tem, outrossim, direito real de habitação do imóvel em que residia. A exigência do art. 1.831 do CC/2002[181], nesse tocante, é que este imóvel seja o único a se inventariar.[182]

Inexistindo herdeiros descendentes e ascendentes, desde que respeitados os pressupostos do art. 1.830 do CC/2002[183], a herança é concedida integralmente ao cônjuge sobrevivente. Por estar inserido na classe dos herdeiros necessários, o falecido não pode por meio de disposição de última vontade afastá-lo da sucessão, ou seja, está restrito a testar somente a parte disponível.[184] Por outro lado, não havendo descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, serão chamados a suceder, de acordo com o previsto no art. 1.839 do CC/2002[185], os parentes colaterais do *de cujus*. Nessa classe, também vigora o princípio constante no art. 1.840 do CC/2002[186]: "Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo direito de representação concedido aos filhos do irmão".[187]

Euclides Benedito de Oliveira, acerca da matéria, explana: "[...] A regra, portanto, é a sucessão por direito próprio, atribuindo-se cotas iguais a cada um dos colaterais concorrentes na herança (partilha *per capita*) [...]".[188]

---

[180] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 97.

[181] Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

[182] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 97.

[183] Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente, conforme BRASIL. Código civil. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 225.

[184] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 98.

[185] Art. 1.839. Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 226.

[186] Art. 1.840. Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 226.

[187] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 101.

[188] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140.

Entretanto, à referida regra abre-se uma exceção, a qual se dá em prol dos sobrinhos (terceiro grau), concedendo a eles o direito de representação. Elucida Washington de Barros Monteiro, a respeito: "[...] Se o de cujus deixa assim irmãos e sobrinhos (filhos de irmão pré-morto), herdam todos, representando estes últimos o genitor falecido, com a diferença de que os primeiros sucedem por cabeça e os segundos por estirpe".[189]

Cumpre esclarecer, também, que havendo concorrência entre irmão bilaterais[190] com unilaterais, "[...] a estes caberá metade do que cada um daqueles herdar (art. 1.841) [...] Se não houver irmão bilateral, então os unilaterais que concorram na herança receberão cotas iguais (art. 1.842)".

Outro aspecto fundamental diz respeito à posição sucessória do companheiro, a qual não está prevista no CC/2002, no capítulo que trata da vocação hereditária. Euclides Benedito de Oliveira, ao discorrer sobre o tema, assevera que, pelas regras dispostas no artigo 1.790 do CC/2002, há: "[...] concorrência na herança, sobre bens havidos onerosamente durante a convivência, com descendentes, ascendentes e colaterais [...]".[191]

Por derradeiro, consoante dispõe o art. 1.844 do CC/2002: "Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal".[192]

Pertinente, aqui, a observação feita por Carlos Roberto Gonçalves:

> O Poder Público não é herdeiro, não lhe sendo, por isso, reconhecido o direito da *saisine*. Apenas recolhe a herança na falta dos herdeiros. Não adquire o domínio e a posse da herança no momento da abertura da sucessão, pois, na falta de herdeiros, a herança torna-se jacente, transforma-se posteriormente em vacante, e só então os bens passam ao domínio público (CC, art. 1.822; CPC, arts. 1.142 e s.).[193]

---

[189] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 102.

[190] Também conhecidos como germanos, os irmãos bilaterais são os irmãos por parte de ambos os genitores, conforme OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140.

[191] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 158.

[192] BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 226.

[193] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 181.

Destarte, por não ostentar a condição de herdeiro, ao Estado não é dada a faculdade de aceitar, repudiar ou renunciar a herança, a sua sucessão é obrigatória.[194]

Cabe registrar, nesse aspecto, que a entrega dos bens ao Poder Público, conhecida como vacância, não ocorre em caráter definitivo, haja vista que, em cinco anos, contados da abertura da sucessão, podem surgir herdeiros para se habilitarem e, sendo assim, não serão prejudicados com a vacância. Somente após esse lapso temporal e, inexistindo herdeiros, é que os bens da herança vacante passam, em caráter decisivo, ao domínio público.[195]

[194] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 1.
[195] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 142.

4 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Feita uma abordagem acerca do direito sucessório, num âmbito geral, passa-se, nesse momento, à análise do objeto de discussão do presente capítulo, tema central deste trabalho, que diz respeito à inseminação artificial *post mortem* e a sua repercussão no sistema jurídico pátrio, especialmente no âmbito sucessório.

Denomina-se inseminação artificial *post mortem* "[...] aquela realizada com o sêmem ou embrião conservado por meio de técnicas especiais, após a morte do doador do sêmen [....]".[196]

4.1 CASO ALAIN PARPALAIX

Foi na França, em 1984, através do caso Alain Parpalaix, que surgiu concretamente a questão envolvendo a inseminação artificial *post mortem.*

Relata a história que:

> Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Após negativa do banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa senão ao falecido e, como na França não havia legislação que autorizasse inseminação artificial post mortem, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen à entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a

[196] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 41.

> inseminação artificial não foi realizada, pois os espermatozóides não estavam mais próprios à fecundação [...].[197]

A partir desse acontecimento, iniciou-se no Brasil, e em inúmeros países, o debate acerca do destino do material coletado, principalmente no que concerne a sua ocorrência em momento posterior à morte do doador. [198]

4.2 A PROBLEMÁTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ACERCA DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

O CC/2002, em seu art. 1.597, inciso III, autoriza o nascimento de filho por meio da técnica de reprodução medicamente assistida homóloga, mesmo após o falecimento do marido. Dispõe o aludido diploma legal: "Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido [...]."[199]

Essa permissão produz conseqüências no âmbito do direito sucessório, eis que, hodiernamente, pelas regras dispostas no Art. 1.798 do CC/2002: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão".[200]

Nessa linha de argumentação, sustenta Washington de Barros Monteiro: "Assim, condição inarredável para que exista o direito sucessório, além do passamento do autor da herança, obviamente, é que o herdeiro exista e sobreviva àquele, ou esteja ao menos concebido [...]".[201]

---

[197] FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 6 jun. 2008. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 31 ago. 2009.
[198] FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 6 jun. 2008. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 31 ago. 2009.
[199] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1065.
[200] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1155.
[201] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 40.

Observa-se, portanto, da leitura de ambos os dispositivos, que existe um vácuo legislativo, haja vista que o CC/2002, na parte que trata do Direito de Família, consente a inseminação artificial *post mortem*, enquanto o Direito das Sucessões exige, para o recebimento da herança, que o indivíduo já esteja concebido.

Eduardo de Oliveira Leite, ao explanar a sua opinião, comenta:

> Questão tormentosa que, certamente, vai se colocar à argúcia dos magistrados diz respeito aos filhos decorrentes das procriações artificiais, amplamente recepcionados pelos três incisos do **art**. **1.597** do Código Civil. Trata-se, como se depreende da leitura do citado artigo, de filhos ainda não concebidos. Ora, o **art. 1.798** refere-se aos filhos já concebidos, não atingindo a hipótese do **art. 1.597.**[202]

Acerca da situação, Silvio de Salvo Venosa assenta que o CC/2002 é omisso quanto à matéria, verificando apenas a sua existência. Entretanto, ele não autoriza e muito menos regula a situação. O que faz, o referido estatuto, é tentar oferecer uma solução no que tange ao caso de paternidade, eis que se trata de uma matéria complicada, a qual deveria, na visão do autor, "ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema".[203]

Alguns autores consideram a utilização da técnica *post mortem* como uma ocorrência anômala, como é o caso de Eduardo de Oliveira Leite, o qual preleciona: "Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, [...] é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões". [204].

Infere-se, portanto, que a utilização da técnica de inseminação artificial *post mortem* é matéria controversa, não existindo legislação que regule ou autorize a sua utilização, pois, consoante mencionado, não há vedação legal, na medida em que o inciso III do art. 1.597 prevê a possibilidade de serem concebidos filhos por fecundação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do marido, surgindo, logo após, a celeuma do art. 1.798 do CC/2002, o qual exige para o recebimento da herança que a criança esteja ao menos concebida no momento da abertura da sucessão.

---

[202] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 70.
[203] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 256.
[204] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: direito de sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21. p. 110.

4.3 POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DOS PRECEITOS DO ART. 1597, III, DO CÓDIGO CIVIL, À FECUNDAÇÃO *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Diante do avanço da ciência, há a possibilidade de o material genético dos indivíduos (sêmen, embrião ou óvulo) serem "[...] armazenados por técnicas próprias de resfriamento e de congelamento, o que possibilita, desse modo que após a morte da pessoa, seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida [...]." Dentro desse contexto, o estabelecimento do liame parental não encontra obstáculos, pois o *de cujus* será julgado pai por intermédio da verdade biológica e do pressuposto do risco.[205]

Questão embaraçosa atinente à filiação decorrente da reprodução medicamente assistida diz respeito à parte final do inciso III do art. 1.597 do CC/2002, que permite a possibilidade de fecundação depois de falecido o marido.

No tocante à presunção de paternidade, Paulo Lôbo menciona que, tradicionalmente, ela é imputada "[...] ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos trezentos dias após a morte daquele [...]."[206]

Assim, no que concerne à filiação advinda da inseminação artificial *post mortem* não há maiores problemas, haja vista o material genético utilizado para a fecundação ser originário do próprio casal interessados no projeto parental. Pelo inciso III do art. 1.597 do CC/2002, a filiação é garantida à criança, independentemente do momento em que se realizou o nascimento.[207]

A questão é, contudo, tormentosa no que concerne ao direito sucessório do filho advindo dessa técnica, pois existe o questionamento acerca dos arts. 1.784 e 1.798, ambos do CC/2002, de forma que o primeiro dispõe sobre a abertura da sucessão e a transmissão dos bens

---

[205] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 368.
[206] LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo**:** Saraiva, 2008. p.198.
[207] 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=1509&categoria=Sucess%C3%83%C2%A3o>. Acesso em: 25 set. 2009.

ao herdeiro, e o outro se refere às pessoas legitimadas ao recebimento da herança, não englobando, nesse caso, os filhos concebidos por meio da inseminação artificial *post mortem*.[208]

Nesse sentido, merecem destaque os posicionamentos de José Francisco Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: "Tema palpitante e polêmico a ser enfrentado pela doutrina e jurisprudência é a legitimação para suceder da pessoa havida por procriação assistida *post mortem*, ou seja, ainda não nascida nem concebida no útero materno no momento da abertura da sucessão".[209]

A autora citada, em uma palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil- Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, sob a coordenação científica do professor Gustavo Tependino, esboçou:

> [...] O Código Civil atual preferiu, em linhas mestras, não cuidar de questões relacionadas à reprodução medicamente assistida, e o Próprio professor Miguel Reale afirmou sempre que uma das diretrizes da sua proposta de codificação era, justamente, esta, de não regulamentar assuntos que ultrapassasse os lindes da área civil, ou que versassem sobre problemas de alta especificidade técnica.
> Preferiu, portanto o legislador brasileiro deixar a cargo de lei própria específica, a disciplina dos inúmeros pontos de discussão, oriundos da reprodução humana assistida, especialmente na sua correlação com o direito das sucessões, [...] .
> Enquanto não temos a legislação especial promulgada, as questões fundamentais devem permanecer tratadas sob as luzes doutrinárias, e sob o encaminhamento hermenêutico dos dispositivos parcos que tratam - às vezes desastradamente – destas questões [....]. [210]

Ressalta ela que não há como pressupor que alguém tivesse a vontade de ser pai após o seu falecimento, a menos que ele tivesse assentido, de forma expressa, a sua vontade. Para que não ocorra esse problema, o inciso III do art. 1.597 do CC/2002 foi objeto de debate na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários. Sobre o assunto, comenta:

> [...] envolve o direito de personalidade do pai, doador do sêmen. O caput do dispositivo opera uma presunção de paternidade que, no entanto, deve ser analisada com cuidado, em casos assim, uma vez que não se pode presumir que alguém quisesse ser pai depois de sua morte, salvo se houvesse manifestação clara da vontade neste sentido, isto é, em prol da fertilização tardia. O inciso III não faz esta ressalva, mas o cuidado já foi bem analisado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários, por meio do

---

[208] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 56.
[209] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 102.
[210] HIRONAKA, Giselda Maria Fernades Novaes Hironaka. **As inovações biotecnológicas das sucessões**. 22 mar. 2007. p. 4. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=290>. Acesso em: 25 set. 2009.

> enunciado n° 106 que expressou: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do marido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize o seu material genético após a sua morte.[...].[211]

Em linha de entendimento análoga, encontra-se Silmara Juny Chinelato, a qual afirma que a técnica em comento envolve direitos de personalidade da pessoa responsável pelo sêmen. Portanto, a solução seria exterminar o material genético do falecido, caso ele não tivesse manifestado o seu interesse nessa inseminação. Dessa forma, para que possa ocorrer a inseminação póstuma, é imprescindível que o marido consinta expressamente a referida fertilização.[212]

Esclarece Carlos Roberto Gonçalves que a questão envolvendo a inseminação *post mortem*, por ser tormentosa, deve a doutrina e a jurisprudência auxiliarem na busca de uma solução. A propósito, destaca:

> [...] A doutrina Brasileira se inclina no sentido de negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer nas hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*.[213]

Cabe registrar que, não obstante a opinião do autor no sentido de que a doutrina brasileira tende a negar a legitimação para suceder aos filhos gerados por meio da inseminação artificial *post mortem*, há corrente para ambos os sentidos.

Washington de Barros Monteiro sustenta que aquele que não estiver concebido na ocasião da morte do autor não terá legitimação para suceder por meio da sucessão legítima. Entretanto: "[...] Nas hipóteses descritas nos incisos III a V do art. 1.597 pode faltar esse

---

[211] HIRONAKA, Giselda Maria Fernades Novaes Hironaka. **As inovações biotecnológicas das sucessões.** 22 mar. 2007. p. 4. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=290>. Acesso em: 25 set. 2009.
[212] CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18. p. 54-55.
[213] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 57.

requisito, devido às variações possíveis derivadas das inseminações artificiais e reproduções assistidas".[214]

Elucida Carlos Roberto Gonçalves, que negar direito sucessório aos filhos provindos de inseminação artificial *post mortem* seria incompatível com o que determina a CRFB/88, em seu art. 227, § 6°. Nesse vértice, se manifesta o autor:

> Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes da fecundação homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido "concebido na constância do casamento", não se justifica a exclusão de seus direito sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6°, da Constituição Federal.[215]

Na mesma orientação, a dicção de Silmara Juny Chinelato: "[...] não deve haver discriminação ao filho assim gestado, subtraindo-lhe quaisquer direitos e *status*. Admitir a inseminação *post mortem* é aceitar o estabelecimento da paternidade. Aceitando-a, todos os direitos que daí decorrem devem ser respeitados".[216]

Há autores que entendem que para o filho provindo de inseminação *post mortem* ter direitos sucessórios, deve-se levar em conta o momento em que morreu o autor da herança, ou seja, se nessa época já havia embrião mantido sob crioconservação ou simplesmente gametas crioconservados. Tal diferenciação conduz a efeitos jurídicos distintos, pois se ocorrer a primeira hipótese, haverá legitimação para suceder. Contudo, não havendo embrião, mas somente gametas, estes não terão direito algum à sucessão. Nessa vertente, é a lição de Fábio Ulhoa Coelho, a saber:

> Primeira, quando morreu o autor da herança, já existia, mantido sob crioconservação, o embrião concebido com o material genético fornecido por ele. Sendo essa a hipótese, ainda que transcorra muito tempo, vindo esse embrião a ser implantado num útero, o nascimento com vida do ser gerado lhe conferirá capacidade sucessória. Poderá, por meio de ação de petição de herança, demandar os demais sucessores para receber a sua parte. Terá muito tempo para isso, porque essa ação prescreve em dez anos após a maioridade de seu titular, ou seja, até ele completar 28 anos.

---

[214] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 40.
[215] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 58.
[216] CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18. p. 54.

> [...]
> Segunda, na data da abertura da sucessão, ainda não há embrião, mas simplesmente gametas crioconservados, provenientes do autor da herança. São espermatozóides do homem falecido ou óvulos da mulher falecida, que se encontram armazenados. Esse material genético pode vir a ser empregado na concepção de uma pessoa. Ela, porém, não terá nenhum direito sucessório relativamente ao patrimônio do fornecedor do gameta crioconservado, porque ainda não estava ainda concebida ao tempo de seu falecimento.[217]

Esse é, também, o entendimento de Maria Helena Diniz:

> [...] Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material germinativo do de cujus, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio da ação de petição de herança, que prescreve em 10 anos após a sua maioridade (18 anos), poderá pleitear sua parte no acervo hereditário.[218]

O grande problema a ser contornado é se a fecundação ocorrer muito tempo após o falecimento dos pais, pois nesse caso não terá eficácia a partilha, uma vez que poderá ocorrer o afastamento parcial ou total dos sucessores que anteriormente haviam sido beneficiados com a herança.[219]

Adverte Eduardo de Oliveira Leite, que a delimitação de prazo, por parte do legislador, para a utilização da aludida técnica, é a questão mais complexa na possibilidade de inseminação artificial *post mortem*.[220]

Ao buscar uma solução para o problema, o autor recomenda:

> [...] Uma exegese conciliadora se impõe para contornar o impasse garantindo a legítima daqueles filhos oriundos das procriações artificiais. E, certamente, esta exegese exigirá releitura do art. 1.798 que passaria a ter a seguinte redação: "Art. 1.798. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão.[221]

---

[217] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 280.
[218] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 23 ed. reformul. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 47.
[219] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 235.
[220] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 205. v. 5.
[221] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6. p. 71.

Existe, também, a corrente que responde negativamente à legitimidade sucessória dos descendentes que vierem a serem gerados após a morte de seu ascendente. Um de seus adeptos é o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o qual justifica:

> No estágio atual do direito brasileiro não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, diante do princípio da igualdade em direito entre os filhos.
> Contudo, se a técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no pressuposto do risco, mas não para fins sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear reparação dos danos materiais que eventualmente sofrer.[222]

No mesmo norte, são as orientações de José Francisco Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, os quais afirmam não existir tratamento desigual entre filhos, ao ser concedido direito sucessório somente àqueles já existentes e não aos que não ostentavam essa condição. Acerca da matéria, lecionam:

> Pode causar estranheza a situação, pois, enquanto um ou alguns filhos recebem a herança, outros, por esta contingência, dela ficariam privados. Porém, não haverá desigualdade no tratamento dos filhos, na medida em que, em razão da circunstância peculiar apresentada, a situação jurídica de cada qual é totalmente diversa: uns existentes no momento da abertura da sucessão; outros, não. E, para o direito sucessório, a legitimação é aferida, como visto, no exato instante da abertura da sucessão.[223]

Doutrina, a respeito, Eduardo de Oliveira Leite:

> Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão.[224]

---

[222] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1000.
[223] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes**. Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.
[224] LEITE, Eduardo de Oliveira**. Comentários ao novo código civil**: do direito de sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21. p. 110.

Acrescenta o autor: “A solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*”[225].

Eduardo de Almeida Júnior, também adepto à corrente que nega legitimidade aos filhos provindos de técnica *post mortem* para herdarem, esclarece: “[...] o embrião fecundado *post mortem* não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”.[226]

Preleciona Tycho Brahe Fernandes que não estando concebidos os filhos provindos de técnicas artificiais no momento da abertura da sucessão, lhes é concedido o direito de herdar por via testamentária.[227]

4.4 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO PROVENIENTE DA TÉCNICA *POST MORTEM*

Conforme abordado na secção 3.4, o sucessor, para ter direito a herdar, deverá ser determinado por lei ou estar previsto nas disposições de última vontade do testador e, ainda, ter capacidade para estar na condição de herdeiro.

A propósito, prescreve o art. 1.798 do CC/2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.[228] Desse modo, para ter direito a receber a herança ou o legado, é imprescindível a existência do indivíduo no momento da morte do testador. Caso contrário, o herdeiro estará sob incapacidade absoluta, ou seja, aquela da pessoa não concebida ao tempo do óbito do testador. [229]

---

[225] LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao covo código Civil**:direito de sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21. p. 110.
[226] ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito** . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>. Acesso em: 15 out. 2009.
[227] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões: Diploma Legal: Florianópolis. 2000, p. 94.
[228] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1155.
[229] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 43.

Há, entretanto, casos especiais em que se permite a concessão da herança àqueles ainda não existentes na ocasião da abertura da sucessão. Uma das possibilidades diz respeito ao nascituro, já estudada na secção 3.4.1; e a outra vem prevista no art. 1.799, inciso II, do CC/2002, que assim dispõe: "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; [...]".[230]

Nesse sentido, é a observação de Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão[231].

No dizer de Silmara Juny Chinelato, se já havia embrião excedentário, mas não implantado, as regras a serem empregadas serão as mesmas concernentes ao nascituro. Contudo, se existir somente gameta masculino, aplicam-se as regras do art. 1.597 do CC/2002 juntamente com o art. 1.799, inciso II , do mesmo estatuto, que diz respeito a prole eventual. Entende a autora, que o pai pode deixar testamento beneficiando a prole eventual a ser concebida *post mortem*. A ressalva é que a concepção ocorra até dois anos da abertura da sucessão. [232]

Mônica Sartori Scarparo, no mesmo sentido, preleciona: "[...] o filho que viesse a nascer por inseminação *post mortem* poderia ser contemplado (prole eventual) por seu falecido pai por meio de testamento".[233]

Alguns doutrinadores entendem ser inadmissível essa possibilidade. Na opinião de José de Oliveira Ascensão, que responde negativamente à teoria, tem-se: "O que a lei prevê é

---

[230] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1155.

[231] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 732.

[232] CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18. p. 60.

[233] SCARPARO (1991) apud ERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões: Diploma Legal: Florianópolis. 2000, p. 95.

designação de filhos de outras pessoas existentes ao abrir-se a sucessão, não de filhos do testador".[234]

Entretanto, como há omissão na lei, entende o citado autor, que, por analogia, poderia ser admitido aplicação do benefício à prole do testador, quando deveria haver a indicação da genitora dessa criança. A opinião dele vai de encontro àquela sustentada por Heloisa Helena Barboza.[235]

Carlos Roberto Gonçalves, ao comentar o assunto, esclarece: "O inciso I abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança. Refere-se à p*role eventual* do antigo Código Civil".[236]

O filho imediato da pessoa viva designada pelo testador é a denominada *prole eventual*. Trata-se do descendente direto, sendo vedada a transferência desse benefício aos netos ou outros descendentes.[237]

No que concerne à nomenclatura, Washington de Barros Monteiro assenta:

> O legislador de 2002 abandonou a expressão prole e referiu-se expressamente aos filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, que deverão estar vivas ao abrir-se a sucessão. Destarte, superou-se a antiga dúvida a respeito da extensão de prole, tal como prevista no Código de 1916; só os filhos podem ser beneficiados nessas condições [...]. [238]

Essa instituição do herdeiro, por meio de disposições de última vontade, é "[...] condicional, subordinando-se a sua aquisição ao evento futuro e incerto".[239]

Destaca Zeno Veloso que: "[...] A deixa é feita em favor das pessoas indicadas pelo testador, passando, com a morte desta a seus filhos, o que seria substituição fideicomissária. O

---

[234] ASCENSÃO (1994) apud FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões: Diploma Legal: Florianópolis. 2000, p. 95.
[235] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões: Diploma Legal: Florianópolis. 2000, p. 95.
[236] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 53.
[237] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.
[238] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 44.
[239] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 102.

testador como que dá um salto, passando por cima dos genitores, contemplando os filhos que estes tiverem, e se tiverem".[240]

O lapso temporal máximo para ser concebido o herdeiro designado é de até 2 anos da abertura da sucessão. É o chamado *prazo de espera*, o qual pode ser inferior ao fixado. Não sendo concebido até esse momento "[...] caducará a disposição, destinando-se os bens aos sucessores legítimos, ou quem o falecido houver determinado. [...] A previsão indica o lapso temporal máximo, para evitar que a herança fique, além desse largo período, sem destinatário, mas a vontade do testador em reduzir tal prazo mostra-se válida".[241]

A razão de se perder a eficácia da cláusula testamentária, caso não concebida a prole até dois anos da abertura da sucessão, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho é porque:

> [...] 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 tiver sido concebida, não convém aguardar mais, porque pode até mesmo ocorrer de ela nunca mais vir a nascer. [...][242]

No período de espera, alguns procedimentos deverão ser levados em conta. Eles estão elencados no art. 1.800 do CC/2002[243] e seus parágrafos.

A designação de curador não está condicionada a vontade do juiz, uma vez que é concedida ao pai ou mãe da pessoa que o testador deseja deixar a herança. Caso haja impossibilidade de tal nomeação, esta será deferida às pessoas listadas no art. 1.775 do

---

[240] VELOSO (2003) apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.v. 7. p. 53.

[241] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

[242] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5. p. 236.

[243] 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. § 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775. § 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber. § 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador. § 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, conforme NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1156.

CC/2002[244]. Entretanto, nem todas as pessoas designadas nesse rol estão aptas a receber essa nomeação[245].

Assim, a questão resolve-se da seguinte maneira: "[...] nascendo com vida, ser-lhe-á deferida a sucessão com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador (§ 3°). Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, [...] os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (§ 4°)".[246]

Percebe-se, portanto, pelas informações apresentadas, que não estando o filho proveniente de inseminação *post mortem* inserido no rol do art. 1.798 do CC/2002, para alguns autores ele não terá direito à herança legítima. Contudo, a hipótese de ele vir a herdar será via testamentária, como *prole eventual*, nomenclatura utilizada no antigo CC/1916. Permite-se que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se à sucessão, venham a recolher a herança. O prazo para tal nascimento é de até dois anos da abertura da sucessão, quando a disposição será considerada caduca e os bens serão entregues aos sucessores legítimos ou àqueles que o *de cujus* tiver estabelecido.

4.5 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

No CC/1916 havia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Diziam-se legítimos aqueles nascidos de pessoas que haviam contraído núpcias, enquanto os filhos ilegítimos não se originavam dessa relação, ou seja, procediam de pais que não eram unidos pelos laços do casamento.[247]

---

[244] Art. 1.755. Os tutores, embora o contrário tivessem disposto os pais dos tutelados, são obrigados a prestar contas da sua administração, conforme BRASIL. **Código civil**. 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 216.
[245] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7. p. 54.
[246] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.v. 6. p. 45.
[247] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família . 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 354.

Com o advento do CC/2002 surge um novo tipo de parentesco, não se limitando unicamente ao liame de consangüinidade e de adoção, pois se trata de um tipo de parentesco "[...] baseado nos avanços biotecnológicos, referentes à reprodução humana artificial ou assistida".[248]

Maria Berenice Dias, sobre o tema, esclarece:

> A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozóide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa [...].[249]

Washington de Barros Monteiro e Regina Tavares da Silva, ao comentarem a respeito da mudança ocorrida com o advento da CRFB/88 no tangente à filiação, ressaltam que ela veio, com a inserção do art. 227, § 6°, a findar com quaisquer formas de discriminação no que diz respeito aos filhos.[250]

A propósito, extrai-se do aludido dispositivo constitucional, o qual tem regra idêntica prevista no art. 1.596 do CC/2002: "[...] § 6º 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[...].[251]

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade salientam que o preceito constitucional:

> [...] Preserva a igualdade jurídica de tratamento de todos os filhos, quaisquer que sejam as causas determinantes da filiação. Proíbe sejam acrescidos à qualificação dos filhos de quaisquer adjetivos que possam distinguir seu estado familiar a partir da situação pessoal dos pais entre si ou em face das normas que regem as uniões entre homens e mulher de

---

[248] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família . 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 345.
[249] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 321.
[250] MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da . **Curso de direito civil**: direito de família . 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 350.
[251] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. Ed., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2008. p.

> que podem resultar filhos, bem como em face da existência ou não de parentesco sanguineo decorrente da filiação.[252]

Assenta, Euclides Benedito de Oliveira, que pelas regras contidas no dispositivo transcrito, consagrou constitucionalmente a igualdade entre os filhos. Acrescentem-se, ainda, as disposições legais previstas no art. 20 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA) que vieram a cessar com a distinção que ocorria na filiação, inclusive para fins de direito sucessório.[253]

Paulo Luiz Netto Lôbo, sobre o tema, enfatiza:

> [...] Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco. [254]

Restaram, portanto, ultrapassadas as distinções entre filhos estabelecidas pelo antigo código. Atualmente, em obediência aos fundamentos constitucionais, os direitos sucessórios dos filhos não levam em conta a origem desses, de forma que, possuem direitos igualitários tantos os filhos concebidos na constância do casamento, os provindos de relações extraconjugais, por meio do instituto adoção e, ainda, aqueles gerados pelas técnicas de procriação artificial.[255]

4.6 NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO NACIONAL E AS POSSÍVEIS PROPOSIÇÃOS LEGISLATIVAS PERTINENTES AO TEMA

O pioneirismo, no Brasil, acerca da reprodução medicamente assistida vem do Conselho Federal de Medicina de 1992, em sua Resolução de n° 1.358, a qual dispõe de normas

---

[252] NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 1065.
[253] OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 86.
[254] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 40.
[255] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 144.

éticas que norteiam as clínicas e médicos especializados. É a única forma de regulamentação concernente à matéria.[256]

Não obstante ser a única hipótese de regulamentação da reprodução medicamente assistida, o ato normativo baixado pelo Conselho Federal de Medicina não possui força de lei, ou seja, não contém força cogente capaz de ser imposta aos indivíduos.[257]

Existem, também, alguns projetos de lei relativos ao assunto (PL 3.638/93 do Dep. Luiz Moreira e PL 2855/97 do Dep. Confúncio Moura). Foram propostos após a Resolução n° 1.358/92 e abordam as mesmas disposições nela constantes, não trazendo qualquer novidade no que se refere às possíveis conseqüências que possam ocorrer quando da utilização dos meios artificiais de reprodução. O mais abrangente dos projetos é o de n° 90/99, cujo autor é o Senador Lúcio Alcântara. Entretanto, ele ainda está tramitando no Congresso Nacional junto à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.[258]

Para Jesualdo Eduardo de Almeida, o projeto 90/99 tende a não aceitar a inseminação póstuma. Sobre o assunto, comenta:

> O art. 15, §5°, impõe como obrigatório o descarte de gametas e embriões nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes (inciso V) e no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados (VI). Inclusive diz ser crime utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, cominando com pena de detenção, de dois a seis meses, ou multa ao infrator. No caso de burla deste dispositivo, havendo fecundação *post mortem*, o art. 20 prevê que a criança não se beneficiará de efeitos patrimoniais e sucessórios em relação ao falecido.[259]

---

[256] MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida**. Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 15 out. 2009.

[257] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 767.

[258] MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida**. Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 15 out. 2009.

[259] ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito** . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>. Acesso em: 15 out. 2009.

Esclarece Tycho Brahe Fernandes que o ordenamento pátrio é carente de uma legislação que trate do assunto, ou seja, ele não dá conta de resolver todos os problemas que se originam das técnicas de reprodução humana assistida, considerada, hoje, uma realidade social.[260]

Em razão disso, alguns autores, visando uma solução a essa insuficiência legislativa, tentam apresentar uma solução ao problema.

Tendo em vista ser o Conselho Federal de Medicina a única regulamentação, além dos projetos em tramitação, a primeira recomendação que os autores apresentam é a do senso ético e profissional que devem possuir os profissionais lotados na área da saúde. Busca-se, com essa conduta, evitar que os procedimentos por eles efetuados sejam passíveis de lides judiciais. [261]

José Roberto Moreira Filho, a respeito, assevera: "[...] todo profissional que lida com a reprodução humana assistida deve se cercar de todos os cuidados médicos e legais para que os reflexos futuros estejam amparados e sejam aqueles esperados pelos participantes, tanto médicos como pacientes".[262]

Para Sérgio Ferraz, além da falta de debate judicial, a doutrina, no tocante ao assunto, é imatura, assim como o conhecimento cientifico na área, o que é apoiado por Osvaldo Ferreira Mello. A esse respeito, explica:

> Em nossa opinião, não há qualquer inconveniente em que seja assim: por uma parte, a doutrina jurídica a respeito ainda é extremamente parca e incipiente: Falta-lhe, pois maturidade, maturação, e até mesmo produção mais copiosa; aliás, o próprio conhecimento científico, em tais assuntos, se apresenta 'in fieri', ainda longe de alcançar parâmetros assentados. Ademais, parece inexistir, sobre tudo isso, um mínimo de consenso social, que pudesse comportar soluções legislativas. Doutro lado, o debate judicial dessas questões é praticamente inexistente, em nosso país.[263]

---

[260] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 97.
[261] MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida**. Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. p. 2. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 15 out. 2009.
[262] MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida**. Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. p. 3. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 15 out. 2009.
[263]FERRAZ (1991) apud FERNANDES, Tycho Brahe. A Reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito: aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 101.

Outra solução encontrada seria a possibilidade de cada país possuir suas próprias normas acerca da matéria e, além disso, que os países mantivessem uma determinada uniformização das legislações editadas, principalmente aqueles "com proximidade geográfica cultural".[264]

Gisele Leite defende a idéia de que as "[...] lacunas da lei poderiam ser supridas até pela Declaração Universal dos Direitos do Homem pelo Pacto de São José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário e, absorveu a isenção de discriminação dos filhos quanto a sua filiação.[...]".[265]

Há, ainda, quem argumente que ante a inexistência de regulamentação, a solução seria a adoção de regras hermenêuticas[266]. Essa é a concepção de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironka, que assim aduz: "Enquanto não temos a legislação especial promulgada, as questões fundamentais devem permanecer tratadas sob as luzes doutrinárias, e o encaminhamento hermenêutico dos dispositivos parcos que tratam – às vezes desastrosamente destas questões".[267]

Tycho Brahe Fernandes ressalta que a vedação das técnicas de reprodução assistida não seria aconselhável, na medida em que elas são utilizadas para tratamento de doenças de infertilidade. Como a saúde é um direito previsto na CRFB/88, não pode a lei colocar obstáculos a ela.[268]

---

[264] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 102.

[265] LEITE, Gisele. **Conseqüências da inseminação artificial depois da morte do pai**. 14 maio. 2002.p. 2. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pai_lei_inseminacao_morte_pai? >. Acesso em: 25 set. 2009.

[266] A hermenêutica "[...] é a teoria científica da arte de interpretar". Disponível em: DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do Direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 421.

[267] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas das sucessões**. 22 abr. 2007. p. 4. Disponível em:< http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=290>. Acesso em: 25 set. 2009.

[268] FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da Bioética e do Biodireito**: aspectos do direito de família e do das sucessões. Diploma Legal: Florianópolis, 2000. p. 102.

5 CONCLUSÃO

Restou evidente, no presente trabalho, que a reprodução medicamente assistida mostra-se um tema polêmico, principalmente no que concerne à sucessão hereditária do concebido pela técnica homóloga *post mortem*. A questão é que há um descompasso na lei, pois o mesmo estatuto civil que prevê a possibilidade de filiação póstuma, em artigos posteriores determina que a criança gerada por essa técnica não tem direito sucessório.

O art. 1.597, inciso III, do CC/2002, estabelece que a criança concebida por técnica de inseminação póstuma terá a presunção de filiação, ou seja, a lei permite que seja utilizado método artificial de concepção, mesmo após o falecimento do doador. Quanto à filiação, considerando que a técnica a ser utilizada é a homóloga (material genético proveniente do casal), não há maiores problemas, ou seja, o filho será reconhecido como tal pelo critério biológico, pois é filho consangüíneo do casal.

Verificou-se, contudo, que a celeuma surge no que diz respeito ao direito sucessório do filho nascido posteriormente à morte do seu ascendente, quando o art. 1.597 conflita com o art.1.798 do mesmo estatuto civil, na medida em que este vem e restringe o direito de herdar àqueles já concebidos ou nascidos no momento da abertura da sucessão, quando, de fato, a herança é transferida aos sucessores do falecido, na ordem prevista no art. 1.829 do CC/2002.

É cediço que o concebido *post mortem* não se amolda em nenhuma das alternativas estabelecidas no art. 1.798 do CC/2002, pois não é concebido e muito menos nascido no momento da abertura da sucessão, restando, nesse caso, desprovido de direito à herança.

Não há que se negar a insuficiência legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, pois o que se tem para regular a matéria são alguns projetos, ainda em tramitação, e a Resolução n° 1.358 do Conselho Federal de Medicina, a qual, consoante demonstrado, por ser norma infraconstitucional não detém força normativa. Ela apenas traça condutas que devem ser seguidas pelos profissionais da saúde, não tendo poder de aplicar sanções, a não ser administrativas.

O CC/2002 é omisso no tocante ao assunto, pois se percebeu que ele apenas constata a existência da problemática, mas não a resolve.

Na inexistência de lei para regulamentar a reprodução medicamente assistida, resta à doutrina encontrar uma solução ao problema. Esta, por sua vez é discrepante quanto à capacidade sucessória da criança nascida por meio da técnica de inseminação artificial póstuma. Alguns autores sustentam que a criança gerada por essa técnica, em função do disposto no art. 1.798 do CC/2002, não tem direito de receber a herança, pois não existe indivíduo no momento da morte do testador. Negar legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, é o entendimento da corrente majoritária no ordenamento pátrio.

A corrente favorável argumenta no sentido de que, negar capacidade sucessória ao filho advindo de inseminação artificial *post mortem*, seria incompatível com o que determina a CRFB/1988, em seu art. 227, § 6°, ou seja, haveria discriminação entre os filhos por critérios de procedência, o que vai de encontro ao mandamento constitucional.

Observou-se, ainda, a existência de uma terceira corrente, que não nega o direito sucessório a essa criança, mas também não admite a sucessão legítima. Para os seus adeptos, os descendentes, embora ocupando a classe privilegiada da vocação hereditária, deveriam se valer da sucessão testamentária para recolher a herança. Estariam na condição de prole eventual, quando o *de cujus* deixa, mediante disposições de última vontade, bens ao filho não concebido de pessoas indicadas por ele, desde que estejam vivas ao abrir-se a sucessão.

Então, a chance de os filhos herdarem seria via testamentária. Há, contudo, resistência, por alguns autores, a essa previsão, pois entendem que o testador não poderia deixar para seu próprio filho, a título de prole eventual, a herança.

Diante disso, o mesmo filho que tem presunção de filiação garantida no inciso III, do art. 1.597 do CC/2002, passa a ser excluído do direito sucessório, o que leva ao entendimento que se estaria assegurarando direitos diferentes entre irmãos, o que é contrário ao preceito constitucional previsto no art. 227, §6°, com disposição idêntica no art. 1.596 do CC/2002, os quais vedam quaisquer tipos de discriminação entre os filhos, mesmo os havidos por adoção, que após o advento da CRFB/88, embora não biológicos, possuem os mesmo direitos que os consangüíneos.

Portanto, o filho provido de técnica homóloga *post mortem*, com material genético de ambos os genitores, considerado filho consangüíneo, estaria tolhido de receber a herança ou a teria sob a forma de testamento.

Na ordem de vocação hereditária traçada no art. 1.829 do CC/2002, os descendentes ocupam a classe privilegiada da sucessão legítima, ou seja, não podem ser afastados via testamento. Em função disso, permitir que um filho herde via testamento e, os outros, por meio da legítima, seria retirar daquele a posição que ele ocupa na ordem de vocação. Essa situação é, sem dúvida, discriminatória, na medida em que irmãos recebem do mesmo pai heranças distintas.

Ademais, a título de argumentação, cabe esclarecer que a CRFB/88, em seu art. 5°, inciso XXX, garante o direito de herança. Entretanto, ela não vincula esse direito a qualquer determinante. Desse modo, o filho gerado pela técnica de inseminação póstuma, no tocante aos direitos patrimoniais, têm os mesmos direitos sucessórios de outros filhos de mesmo grau, não importando a origem e nem mesmo a data da concepção, já que o artigo que prevê a presunção de filiação também não estabelece qual o momento em que essa criança deveria ser concebida.

No caso em tela, embora haja o argumento da impossibilidade de presumir-se que alguém quisesse ser pai após a sua morte, negando, em razão disso, a capacidade sucessória da criança que nascesse após esse período, há que se imaginar que, dificilmente alguém, se não fosse o interesse de constituir uma família, teria deixado seu material genético em uma clínica de reprodução para posterior utilização. Ao que parece, tal assertiva leva ao entendimento de que tenha ele deixado consentimento para isso, embora não expresso.

Temas como esse, que envolvem ética, moral, direito, a sociedade em si, devem ser desvendados aquém da lei. Não se pode usar a ausência de normas como forma de justificativa para a estagnação, ou seja, não é porque não há leis a respeito que essas situações devam ficar sem uma resposta. Assim, a criança gerada pela técnica póstuma não pode ser prejudicada pela falta de norma. Para isso não ocorrer, mesmo que haja omissão legislativa, pode valer-se das proposições apresentadas por alguns autores, como as regras de hermenêutica, técnica de interpretação plenamente aplicável ao caso. O que não pode acontecer é a vedação à utilização das técnicas atualmente existentes, pois consoante mencionado no capítulo I, a reprodução medicamente assistida auxilia, além dos casos de infertilidade, àqueles que estão acometidos de alguma doença, como é o caso do HIV positivo. Um pensamento de Maria Berenice Dias exemplifica a situação: “Punir quem não tem culpa”.

REFERÊNCIAS

ALMANAQUE Abril. 34. ed. São Paulo: Abril, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código civil comentado:** direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Atlas, 2003. v. 18.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito** . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>. Acesso em: 15 out. 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA LEGAL. Disponível em: <http://www.abml-medicinalegal.org.br/institucional/quemsomos.php>. Acesso em: 20 set. 2009.

BOSCARO, Marcio Antonio. **Direito de filiação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Código civil.** 59. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 41. ed., atual. e ampl. São Paulo, Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei 9.263, de 25 de julho de 2000.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 4 nov. 2009.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil**: parte especial: direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004.

CLÍNICA E CENTRO DE PESQUISA EM REPRODUÇÃO HUMANA ROGER ABDLMASSIH. Infertilidade. Disponível em: <http//www.abdelmassich.com.br/ infertilidade.php>. Acesso em: 27 ago. 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.358, de 19 de novembro de 1992. Resolve adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Presidente: Ivan de Araújo Moura da Fé. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, seção I, p. 16053, 19 nov. 1992. Disponível em:<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 9 out. 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DICIONÁRIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Disponível em:< http://www.uniandrade.br/cep/download/pdf/dicionario_Reproducao_assistida.pdf dicionário da reprodução assistida>. Acesso em: 27 set. 2009.

DICIONÁRIO DIGITAL DE TERMOS MÉDICOS. Disponível em: <http://www.pdamed.com.br/diciomed/pdamed_0001_11600.php>. Acesso em: 20 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____.**Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 23 ed. reformul. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.**Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 24 . ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 6 jun. 2008. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em: 31 ago. 2009.

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

_____.**Direito Civil**: família. São Paulo, Atlas, 2008. p. 342.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 16.

_____.**As inovações biotecnológicas das sucessões**. 22 mar. 2007. p. 4. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigo&artigo=290>. Acesso em: 25 set. 2009.

_____.**Comentários ao código civil**:o direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

JURUÁ EDITORA. Disponível em: <http://www.jurua.com.br/shop_item.asp?id=12406>. Acesso em: 20 set. 2009.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**: direito de sucessões (arts. 1.784 a 2.027). Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 21.

_____.**Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 6.

_____.**Direito civil aplicado**: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Gisele. **Conseqüências da inseminação artificial depois da morte do pai**. 14 maio. 2002. p. 2. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2002-mai-14/pai_lei_inseminacao_morte_pai? >. Acesso em: 25 set. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva 2008.

LUCAS. Português. In: **Bíblia Sagrada**. Tradução Domingos Zamagna, Emanuela Bouzon. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 1982.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA,Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**: direito de família . 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

_____.**Curso de direito civil**: direito das sucessões. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida.** Bioética e Biodireito. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 15 out. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria de. **Código civil comentado**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança:** a nova ordem de sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 6.

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=1509&categoria=Sucess%C3%83%C2%A3o>. Acesso em: 25 set. 2009.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

QUADROS, Rubiane de Lima. **Manual de direito das sucessões.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. Disponível em<http//www.juruá.com.br/bvf/conteúdo.asp?pag=a&r=30442>. Acesso em: 20 set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida:** questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SCHUFFNER, Alessandro. **Uso de tecnologias em Reprodução Assistida em casais soro-discordantes para o vir.** 26 abr.2006. Disponível em: <http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=New&file=article&sid=281>. Acesso em: 31 ago. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. **Trabalhos acadêmicos na Unisul**: apresentação gráfica para TCC, monografia, dissertação e tese. ed. Ver. e. ampl. Tubarão: Unisul, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____.**Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: direito das sucessões. 14. ed. reformul. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

ANEXO A - 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.

Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm.> Acesso em: 6 nov. 2009.

ANEXO B – Projeto de Lei n.º 90, DE 1999

Autor: Senador Lúcio Alcântara

Dispõe sobre Reprodução Assistida

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

SEÇÃO I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Artigo 1º Constituem técnicas de Reprodução Assistida (RA) aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação.§ 1º Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I - embriões humanos aos produtos da união in vitro de gametas humanos, qualquer que seja a idade de seu desenvolvimento;

II - usuários às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego de RA com o objetivo de procriar;

III - criança ao indivíduo nascido em decorrência do emprego de RA;

IV - gestação ou maternidade de substituição ao caso em que uma doadora temporária de útero tenha autorizado sua inseminação artificial ou a introdução, em seu aparelho reprodutor, de embriões fertilizados in vitro, com o objetivo de gerar uma criança para os usuários.

Artigo 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que:

I - tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento;

II - os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade;

III - a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva;

IV - a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no artigo 3º;

V - exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou a criança;

VI - no caso de prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, haja indicação precisa com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

SEÇÃO II
DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Artigo 3º - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos cônjuges e companheiros em união estável, em documento redigido em formulário especial, no qual os usuários manifestem, pela aposição de suas assinaturas, terem dado seu consentimento para a realização das técnicas de RA e terem sido esclarecidos sobre o seguinte:

I - os aspectos técnicos e as implicações médicas das diferentes fases das técnicas de RA disponíveis, bem como os custos envolvidos em cada uma delas;

II - os dados estatísticos sobre a efetividade das técnicas de RA nas diferentes situações, incluídos aqueles específicos do estabelecimento e do profissional envolvido, comparados com os números relativos aos casos em que não se recorreu à RA;

III - a possibilidade e probabilidade de incidência de acidentes, danos ou efeitos indesejados para as mulheres e para as crianças;

IV - as implicações jurídicas da utilização da RA, inclusive quanto à paternidade da criança;

V - todas as informações concernentes à licença de atuação dos profissionais e estabelecimentos envolvidos;

VI - demais informações definidas em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo, a ser efetivado conforme as normas regulamentadoras que irão especificar as informações mínimas a serem transmitidas, será extensivo aos doadores e seus cônjuges ou companheiros em união estável.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida pela criança e, em alguns casos, de o doador vir a ser obrigado a reconhecer a filiação dessa criança, em virtude do disposto no artigo 12.

§ 3º O consentimento deverá refletir a livre manifestação da vontade dos envolvidos, vedada

qualquer coação física ou psíquica, e o documento originado deverá explicitar:

I - a técnica e os procedimentos autorizados pelos usuários;

II - o destino a ser dado, no caso de divórcio ou separação do casal, aos embriões excedentes que vierem a ser preservados na forma do §4º do artigo 9º;

III - as circunstâncias em que os doadores autorizam ou desautorizam a utilização de seus gametas e embriões.

§ 4º No caso de utilização da RA para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, o documento deve conter a indicação precisa da doença e as garantias de diagnóstico e terapêutica, além de mostrar claramente o consentimento dos receptores para as intervenções a serem efetivadas sobre os gametas ou embriões.

§ 5º O consentimento só será válido para atos lícitos e não exonerará os envolvidos em práticas culposas ou dolosas que infrinjam os limites estabelecidos nesta Lei e em seus regulamentos.

SEÇÃO III
DOS ESTABELECIMENTOS E PROFISSIONAIS

Artigo 4º - Cabe a clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam a RA a responsabilidade sobre:

I - o recebimento de doações, a coleta, o manuseio, o controle de doenças infecto-contagiosas, a conservação, a distribuição e a transferência do material biológico humano utilizado na RA, vedando-se a transferência a fresco de material doado;

II - o registro de todas as informações relativas aos doadores desse material e aos casos em que foi utilizada a RA, pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego das técnicas em cada caso;

III - a obtenção do consentimento informado dos usuários de RA, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no artigo anterior.

Parágrafo único. As normas para o cumprimento do disposto neste artigo serão definidas em regulamento.

Artigo 5º - Para obter sua licença de funcionamento, clínicas, centros, serviços e demais estabelecimentos que aplicam RA devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I - funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente licenciado para realizar a RA, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II - dispor de recursos humanos, técnicos e materiais condizentes com as necessidades científicas

para realizar a RA;

III - dispor de registro permanente de todos os casos em que tenha sido empregada a RA, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de vinte e cinco anos;

IV - dispor de registro permanente dos doadores e das provas diagnósticas realizadas no material biológico a ser utilizado na RA com a finalidade de evitar a transmissão de doenças e manter esse registro pelo prazo de vinte e cinco anos após o emprego do material.

§ 1º A licença mencionada no caput, obrigatória para todos os estabelecimentos e profissionais médicos que pratiquem a RA, será válida por dois anos e renovável ao término de cada período, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seus regulamentos.

§ 2º O profissional mencionado no inciso I não poderá estar respondendo, na Justiça ou no órgão de regulamentação profissional da categoria, a processos éticos, civis ou penais relacionados ao emprego de RA.

§ 3º O registro citado no inciso III deverá conter, em prontuários, elaborados inclusive para a criança, e em formulários específicos, a identificação dos usuários e doadores, as técnicas utilizadas, os procedimentos laboratoriais de manipulação de gametas e embriões, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as mal-formações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 4º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deverá conter, em prontuários individuais, a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, uma foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 5º As normas para o cumprimento deste artigo serão definidas em regulamento.

SEÇÃO IV
DAS DOAÇÕES

Artigo 6º - Será permitida a doação de gametas e embriões, sob a responsabilidade dos estabelecimentos que praticam a RA, vedada a remuneração dos doadores e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Os estabelecimentos que praticam a RA estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado.

§ 2º Apenas a criança terá acesso, diretamente ou por meio de um representante legal, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive à identidade civil do doador, nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o estabelecimento responsável pelo emprego da RA a fornecer as informações solicitadas.

§ 3º Quando razões médicas indicarem ser de interesse da criança obter informações genéticas necessárias para sua vida ou sua saúde, as informações relativas ao doador deverão ser fornecidas exclusivamente para o médico solicitante.

§ 4º No caso autorizado no parágrafo anterior, resguardar-se-á a identidade civil do doador, mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

§ 5º A escolha dos doadores será responsabilidade do estabelecimento que pratica a RA e deverá garantir, tanto quanto possível, semelhança fenotípica e compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

§ 6º Com base no registro de gestações, o estabelecimento que pratica a RA deverá evitar que um mesmo doador venha a produzir mais de duas gestações de sexos diferentes numa área de um milhão de habitantes.

§ 7º Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipe do estabelecimento que pratica a RA ou seus parentes até quarto grau.

Artigo 7º - Fica permitida a gestação de substituição em sua modalidade não remunerada conhecida como doação temporária do útero, nos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na usuária e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a mãe substituta ou doadora temporária do útero.

Parágrafo único. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, ficando vedada sua modalidade remunerada conhecida como útero ou barriga de aluguel.

SEÇÃO V
DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Artigo 8º Na execução de técnica de RA, poderão ser transferidos no máximo quatro embriões a cada ciclo reprodutivo da mulher receptora.

Artigo 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados in vitro, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação in vitro será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco,

devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

Artigo 10º - Ressalvados os casos de material doado para pesquisa, a intervenção sobre gametas ou embriões in vitro só será permitida com a finalidade de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, no caso de ser feita com fins diagnósticos, ou de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, no caso de ser feita com fins terapêuticos.

§ 1º A pré-seleção sexual de gametas ou embriões só poderá ocorrer nos casos em que os usuários recorram à RA em virtude de apresentarem hereditariedade para gerar crianças portadoras de doenças ligadas ao sexo.

§ 2º As intervenções autorizadas no caput e no parágrafo anterior só poderão ocorrer se houver garantias reais de sucesso.

§ 3º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será definido em regulamento.

SEÇÃO VI
DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Artigo 11º - A criança terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei.

Parágrafo único. Ressalvados os casos especificados nos §§ 2º e 3º do art. 12, os pais da criança serão os usuários.

Artigo 12º - A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituta, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo,

no caso de falecimento de ambos os pais.

§ 1º A prerrogativa garantida no caput poderá ser exercida, desde o nascimento, em nome de criança que não possua em seu registro civil o reconhecimento de filiação relativa a pessoa do mesmo sexo do doador ou da mãe substituta, situação em que ficará resguardado à criança, ao doador e à mãe substituta o direito de obter esse reconhecimento na forma da lei.

§ 2º No caso em que tenha sido utilizado gameta proveniente de indivíduo falecido antes da fecundação, a criança não terá reconhecida a filiação relativa ao falecido.

§ 3º No caso de disputa judicial sobre a filiação da criança, será atribuída a maternidade à mulher que deu à luz a criança, exceto quando esta tiver recorrido à RA por ter ultrapassado a idade reprodutiva, caso em que a maternidade será outorgada à doadora do óvulo.

§ 4º Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 3º, não se aplica ao doador qualquer direito assegurado aos pais na forma da lei.

SEÇÃO VII
DOS CRIMES

Artigo 13º - É crime:

I - praticar a RA sem estar previamente licenciado para a atividade;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

II - praticar RA sem obter o consentimento informado dos receptores e dos doadores na forma determinada nesta Lei, bem como fazê-lo em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento assinado por eles;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

III - envolver-se na prática de útero ou barriga de aluguel, na condição de usuário, intermediário, receptor ou executor da técnica;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

IV - fornecer gametas ou embriões depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante, bem como empregar esses gametas e embriões sem a autorização deste;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

V - intervir sobre gametas ou embriões in vitro com finalidade diferente das permitidas nesta Lei;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VI - deixar de manter as informações exigidas nesta Lei, na forma especificada, ou recusar-se a fornecê-las nas situações previstas;

Pena: detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

VII - utilizar gametas ou embriões de doadores ou depositantes sabidamente falecidos;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

VIII - implantar mais de quatro embriões na mulher receptora;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

IX - realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

X - conservar gametas ou embriões doados por período superior a dois anos ou utilizar esses gametas e embriões;

Pena: detenção, de dois a seis meses, ou multa.

§ 1º No caso de gametas ou embriões depositados por casal, incide no crime definido no inciso IV a pessoa que os fornecer a um dos membros do casal isoladamente.

§ 2º A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste artigo acarretará a perda da licença do estabelecimento de reprodução assistida e do profissional responsável, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

SEÇÃO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 14º - O Poder Público editará os regulamentos necessários à efetividade da Lei, inclusive as normas especificadoras dos requisitos para a execução de cada técnica de RA, concederá a licença aos estabelecimentos e profissionais que praticam a RA e fiscalizará a atuação de ambos.

Artigo 15º - Esta Lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Reprodução Assistida (RA) é a tecnologia que importa na implantação artificial de

espermatozóides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação.

Basicamente, as técnicas de RA pertencem a duas modalidades: aquelas em que se introduz no aparelho reprodutor da mulher o esperma, genericamente denominadas inseminação artificial (IA), e a fertilização in vitro (FIV), na qual o óvulo e o esperma são juntados em um tubo de proveta e posteriormente se introduzem alguns embriões no aparelho reprodutor da futura mãe

A IA subdivide-se em inseminação intrauterina (IIU), em que o esperma é colocado no útero, transferência intrafalopiana de gametas (IFTG), em que os espermatozóides são introduzidos nas trompas de falópio, e inseminação intraperitoneal (IIP).

Na implementação dessas técnicas, pode-se utilizar sêmen e/ou óvulo homólogo (pertecente ao marido ou à própria mulher, respectivamente) ou heterólogo (doado por terceiros). Conforme a origem dos espermatozóides, portanto, a IA pode ser classificada em inseminação artificial intra-conjugal (IAC) e inseminação artificial com doador de esperma (IAD).

Há também o caso da gestação ou maternidade de substituição, em que uma mulher é contratada para dar à luz uma criança para outra mulher e que pode ocorrer tanto por IA, caso em que o óvulo pertence à mulher contratada (que, conseqüentemente, se torna a mãe genética e gestacional do bebê), quanto por FIV, com óvulo e/ou sêmen do casal contratante ou de terceiros. Se o acordo envolver retribuição financeira, o caso é conhecido por "útero de aluguel" ou "barriga de aluguel". Senão, trata-se de uma "doação temporária de útero".

Diante de todas essas possibilidades, a grande questão surgida a partir do desenvolvimento da RA diz respeito exatamente a suas conseqüências para o estado de filiação da criança.

Verificam-se os malefícios da RA, de forma bastante clara, em situações tais como o caso apresentado em artigo de revista, no qual uma menina de dois anos veio a ser declarada "criança sem pais" por um juiz do Tribunal Superior de Justiça da Califórnia.

Segundo o artigo, a garota, "fruto de um processo de fertilização artificial, obtido a partir de espermatozóides e óvulos de doadores anônimos", foi "gestada por uma mãe de aluguel", contratada por um casal no qual o homem apresentava baixa contagem de espermatozóides e a mulher, por sofrer de endometriose, não conseguia liberar os óvulos para fecundação e nem podia levar a termo uma gestação. O texto informa que, um mês antes do nascimento da criança, o homem decidiu separar-se da mulher e, para "livrar-se dos encargos com a pensão alimentícia", "disse que nunca quis ter um filho dessa maneira e passou a repudiar qualquer responsabilidade paterna". "A Justiça, em princípio, aceitou o argumento". A mulher que desejou a criança foi autorizada a adotá-la, mas quer "obrigar o ex-marido a cumprir o contrato assinado por ocasião da concepção artificial".

O resultado disso é um ser humano que, "como não tem nenhum vínculo genético com o casal, nem com a mãe de aluguel", e descende de pais biológicos anônimos, "existe numa espécie de vácuo". Sobre o caso, médico brasileiro ouvido pela revista declarou que o casal deveria ter

recorrido a uma adoção, em vez de se utilizar desse arranjo "antinatural" firmado em contrato, uma vez que nenhum dos dois envolvidos transmitiria seus genes ao bebê, nem a mulher poderia vivenciar a gestação.

Tudo bem que a situação acima descrita corresponda a um caso de utilização da RA com final infeliz. Porém, mesmo em casos com final feliz, a conseqüência normal do emprego dessa tecnologia é o surgimento de situações anômalas que, até então, ou não poderiam ocorrer, ou, quando ocorriam, eram consideradas infortúnios para os envolvidos. Referimo-nos aqui às situações de "criança sem pai" (em alguns casos mais raros, "criança sem mãe), "criança com duas mães" e "criança com dois pais".

O emprego da RA pode originar uma "criança sem pai" em dois casos: quando o pai genético, do qual foi retirado esperma, morre antes da concepção ou quando uma criança nasce na ausência legal de um pai, como, por exemplo, o filho gerado como "produção independente" de uma mulher solteira fecundada com esperma doado (mais raramente, tem-se observado a situação de "criança sem mãe", quando dois homens contratam uma mulher para gerar uma criança que será cuidada apenas por eles dois).

Em relação ao primeiro caso, situação similar pode acontecer por "meios naturais" quando um homem morre deixando grávida sua esposa. Um acontecimento como esse - considerado, via de regra, uma tragédia para a criança que nascerá postumamente - origina uma situação nunca desejada por qualquer pessoa.

Já o segundo caso, até há pouco tempo considerado bastante desagradável para a criança (o filho "bastardo" de mãe solteira que nascia rejeitado pelo pai), deixou, em certos círculos da sociedade urbana ocidental, de representar um acontecimento perturbador e passou até a ser desejado por algumas mulheres que consideram o nascimento de uma criança um evento a ser reservado só para a mãe.

A "criança com duas mães" - verificada na gestação de substituição - possui uma mãe genética (que doou seu óvulo para a obtenção do embrião in vitro) e uma mãe gestacional (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz a criança). É nessa modalidade que mais se evidencia a artificialidade das técnicas, pois tal situação nunca ocorre por meios naturais

A última situação refere-se à "criança com dois pais", que nasce quando um homem infértil - pai legal - autoriza a inseminação artificial de sua mulher com esperma de um doador - pai genético - , caso freqüente no universo de utilização da RA. Nesses casos, os interesses da criança relativos à filiação permanecem parcialmente preservados, uma vez que ela tem como pais um casal legalmente constituído.

Considerando a possibilidade de utilização da RA, chega-se então à seguinte questão: é correta a criação deliberada dessas situações? A resposta a essa pergunta só poderia ser afirmativa se viesse embasada na hipótese de que para uma criança, ou para as crianças em geral, é melhor não ter um dos genitores ou ter mais de um genitor do mesmo sexo, do que ter só um pai e uma mãe da forma como ocorre naturalmente. É muito difícil tentar avaliar a correção dessa hipótese com

base em fatos objetivos ou experiências que não sejam somente individuais, ou com base em postulados científicos (apesar de já haver evidências consistentes, baseadas em pesquisas disponíveis, que contrariam a hipótese de que é melhor ter somente mãe, por exemplo).

Porém, ainda que faltem esses postulados científicos ou constatações que possam ser estendidas para toda uma sociedade, é possível proceder a uma análise dos riscos a que se submetem as crianças nascidas com o emprego de RA.

Isso requer seja adotado o pressuposto de que nada do que o homem vem considerando como progresso até hoje permanecerá obrigatoriamente aceitável no futuro, sem uma avaliação concomitante sobre os riscos aos quais esse progresso expõe a humanidade e sem o aperfeiçoamento dos instrumentos científicos e tecnológicos idealizados para compensar totalmente esses danos.

Assim sendo, da mesma forma como ocorre com um levantamento de impacto ambiental, se a avaliação relativa ao emprego da RA trouxer à luz a possibilidade de sérios riscos para a criança - mesmo que esses riscos possam estar acompanhados de possíveis vantagens - então deve-se recusar autorização ou idealizar mecanismos para desencorajar o recurso à RA. Acreditamos ser preciso fazer pelas crianças do futuro o que hoje já se faz a respeito de qualquer inovação que se deseje implementar no ambiente: se existem sérios riscos, então as mudanças não serão feitas, mesmo que algumas pessoas as creiam vantajosas.

Quem quer que se proponha a uma análise como essa, constata facilmente que a técnica de maternidade dividida e o modelo do genitor de um único sexo acarretam riscos sérios o bastante para invalidar essas modalidades perante uma análise de impacto ambiental.

É, portanto, um ser humano como todas essas crianças, "sem genitor" ou "com dois genitores" do mesmo sexo, o balizador das escolhas que precisaram ser feitas no âmbito do projeto, definidas com o objetivo de tentar implementar a proteção que a criança requer em cada situação específica.
Quanto aos instrumentos existentes para impedir ou desencorajar as pessoas a recorrerem às práticas passíveis de trazer grandes riscos para a criança, observamos preliminarmente que nenhum instrumento poderia impedir totalmente essas práticas. Na cultura ocidental de hoje prevalece a assertiva da onipotência dos desejos individuais. Entre esses desejos está o de ter um filho a qualquer custo e em qualquer condição que o sujeito determine, sem que outra pessoa possa interferir. É um desejo muito forte e tende a prevalecer sobre a lei e sobre o respeito à criança que irá nascer.

Outra observação constatou que ameaças de natureza penal terão utilidade restrita aos casos específicos em que os envolvidos venham a buscar na Justiça a solução para seus conflitos. Essas ameaças dificilmente serão vistas com bons olhos pela sociedade e provavelmente não irão ter o alcance necessário para desencorajar o recurso às técnicas, uma vez que, como a RA oferece a oportunidade para que usuários e médicos realizem seus desejos recíprocos de procriar e permitir a procriação, o quadro provável é o estabelecimento de um pacto de silêncio entre eles. Recomenda-se, portanto, definir também outros mecanismos de dissuasão, sobretudo aqueles que

vinculem efeitos de natureza civil, no âmbito do Direito de Família, aos atos do cidadão. A idéia é produzir efeitos judiciais diferentes daqueles que o sujeito estaria disposto a sofrer em decorrência de seu comportamento.

Assim, foram propostos os seguintes dispositivos para restringir e desencorajar, especificamente, cada uma das situações claramente indesejáveis para a criança.
Em relação aos casos que envolvam o desejo de utilizar material biológico - em geral esperma - de pessoas mortas para gerar uma criança, há que se distinguir entre duas situações:

- a do homem que torna disponível seu esperma para permitir a uma mulher (normalmente sua esposa) ter um filho seu mesmo após sua morte;

- a do doador anônimo que deposita seu esperma em um banco de sêmen e depois morre.

No que se refere à segunda situação, determinou-se ao banco de sêmen que não utilize gametas de um doador sabidamente morto. Porém, esse dispositivo não é suficiente para garantir que o gameta a ser utilizado não seja o de uma pessoa falecida, já que é impossível para o estabelecimento manter registro do que ocorre com cada pessoa após a doação. Assim, estabeleceu-se também uma outra coerção: proibir a conservação de esperma por tempo maior do que dois anos.

Já para evitar a primeira situação, o projeto proíbe o banco de gametas de entregar o material depositado a qualquer pessoa que não seja o próprio depositante. A regra decisiva, porém, é aquela que exclui a atribuição de paternidade ao morto. É verdade que essa regra incrementa ainda mais o dano à criança, uma vez que ela, além de nascer "sem pai", não poderá reclamar descendência daquele que é seu pai biológico. Porém somente uma dissuasão assim tão forte pode ser capaz de evitar o emprego dessa prática prejudicial aos interesses das crianças do futuro.

Além disso, mesmo que se outorgasse, exclusivamente à criança e à partir de uma idade mínima, o direito de obter o reconhecimento de sua filiação', ainda assim teriam de persistir excluídas tanto as conseqüências relativas aos bens - herança, por exemplo - quanto à formalização de laços com os demais parentes do falecido. De fato, essa é a interpretação de Álvaro Villaça Azevedo, jurista brasileiro, que entende ficar o eventual nascituro excluído da herança, tanto por não poder competir com os herdeiros de seu pai morto previamente a sua concepção, quanto por não ser possível falar em retroação de efeitos, uma vez que eles não podem existir antes da concepção.

Em relação à utilização de gameta de um doador anônimo para possibilitar o nascimento de uma criança legalmente sem pai - ou, mais raramente, sem mãe - , o projeto propõe um meio efetivo de dissuasão: possibilitar à criança que vier a nascer que exerça o direito de exigir do doador o reconhecimento de paternidade, direito esse que também deve ser estendido ao doador que queira reclamar a paternidade da criança. Apesar da evidente dificuldade inerente a qualquer tentativa de rastrear e encontrar os doadores, a mera possibilidade de isso vir a acontecer pode servir para desencorajar as pessoas a recorrerem à prática.

Para se restringir a ocorrência de "dupla maternidade", em primeiro lugar determinou-se que a

utilização da RA só será permitida como tratamento para os casos de infertilidade e para prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando haja indicação precisa e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica. Com esse dispositivo, busca-se evitar a gravidez artificialmente produzida em mulheres que ultrapassaram a idade reprodutiva ou o recurso à prática do "útero de aluguel" por mulheres que não desejam, por qualquer motivo, viver a experiência da gravidez e do parto.

A única exceção permitida de gestação de substituição ou doação temporária do útero aplica-se aos casos em que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética e desde que haja parentesco até o segundo grau entre ela e a doadora temporária do útero (essa gestação não pode ter qualquer fim comercial ou lucrativo).

Como a Constituição Federal proíbe o comércio de órgãos, tornou-se obrigatório vedar o "útero de aluguel" (assim como o comércio de gametas e embriões), ainda que se saiba, como dito anteriormente, que o dispositivo será certamente desobedecido.

Porém, apesar de haver uma quase unanimidade mundial no sentido de proibir o "útero ou barriga de aluguel", é preciso não se iludir de que ela possa ser totalmente abolida. Isso é especialmente verdadeiro para o Brasil, onde a precária situação sócio-econômica da maior parcela da população certamente propicia a existência de mulheres dispostas a se oferecer para gerar filhos de outras mulheres em troca de remuneração.

Em decorrência disso, foi necessário também estabelecer claramente quem deve ficar com a criança em caso disputa. A legislação francesa optou por atribuir a maternidade à mãe gestacional, enquanto a jurisprudência americana vem consolidando a solução oposta. Este projeto, seguindo a linha francesa, determina que a mãe será aquela que deu à luz a criança, exceto no caso de mulheres que ultrapassaram a idade reprodutiva.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que se determinou um mecanismo para desencorajar mulheres, tanto as de meia-idade quanto aquelas que não sofram de infertilidade, de recorrerem à RA pela vaidade de ter um filho fora da idade reprodutiva ou de não se submeter aos efeitos indesejados de uma gravidez, estabeleceu-se também a proteção para uma outra categoria: a mãe substituta. Consideramos mais justo proteger as mulheres que se dispuserem a alugar seu útero por dinheiro em detrimento das que se dispuserem a pagar por ele, independentemente das sanções legais a que os dois grupos sejam submetidos por desobedecerem à lei.

Pois bem, além de tentar desencorajar a utilização da RA para gerar situações potencialmente danosas para a criança, o projeto cuidou também de tentar resguardar seu direito à filiação.

Para resolver os questionamentos de filiação originados de situações em que se utilizou a RA, alguns países optaram por determinar, em lei ou nas decisões proferidas em juízo, a preponderância da paternidade artificial sobre a genética ou biológica, o que, além de solucionar a situação, constituiu uma maneira de fomentar a utilização e disseminação da RA.

Esse caminho, entretanto, gerou situação paradoxal, uma vez que se utilizam dois pesos e duas

medidas para as diferentes situações. No caso, por exemplo, de casais que recorram à RA com a utilização de esperma de doador anônimo, atribui-se a paternidade da criança ao homem do casal, ignorando-se o papel dos genes do pai verdadeiro. Já no caso de "aluguel de útero" em que o óvulo provenha da mulher contratante, atribui-se-lhe a maternidade da criança, priorizando o papel de seus genes sobre a função exercida pela mulher geratriz.

Além dessa observação, faz-se necessária, neste ponto, uma breve menção sobre os direitos da personalidade humana, especialmente o direito de filiação. Sobre o assunto, reportamo-nos a Álvaro Villaça Azevedo:

O estado de filiação, como direito da personalidade, está vinculado à própria natureza do homem, que, descendendo, ex iure sanquinis, existe, nesse estado, desde sua concepção até sua morte, como um fato natural, independentemente de lei, que há de respeitá-lo, por inserir-se no âmbito do Direito Natural.

Ora, o respeito à situação natural da paternidade, da maternidade e da filiação é inerente ao Direito Natural, devendo preservar-se, como a própria natureza, prevalecendo sobre situações artificiais, humani iuris.

Reafirme-se, portanto, que, quando se cuida de direitos da personalidade, como o estado da pessoa, mormente o de filiação, a indispensabilidade dos princípios de Direito Natural.

Dessa forma, o direito à filiação, que inclui o conhecimento da filiação genética e biológica e se confunde com o direito à identidade, deveria ser respeitado independentemente de estar disposto em lei, a qual não deveria nunca torná-lo dispensável ou obstruir seu exercício.

Cabe enfatizar aqui - ainda que não seja necessário esse direito estar previsto em lei para que seja protegido - o disposto nos artigos sete e oito da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 20 de novembro de 1989:

Artigo 7º

1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria (sic) apátrida.

Artigo 8º

1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem

interferências ilícitas.

2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade.

Assim sendo, todas as nações deveriam salvaguardar à criança gerada o direito de ter uma filiação definida. Por esse motivo, e para evitar casos como o da criança considerada "sem pais" narrado anteriormente, o projeto dispõe que a criança nascida em decorrência do emprego de RA terá assegurados todos os direitos garantidos aos filhos na forma da lei e determina que os pais, salvo nos casos especificados, serão os usuários que tenham solicitado o emprego das técnicas para gerar a criança.

Do mesmo modo, as nações deveriam resguardar o direito da criança de conhecer sua filiação genética ou biológica. Por isso, estabelecemos, neste projeto o direito de a criança conhecer a identidade de seus pais genéticos no momento em que atinja a maioridade jurídica (esse direito também é garantido na Suécia), ou a qualquer tempo, diante do falecimento de seus pais. Observe-se que o estabelecido acima se estende a qualquer caso em que tenha ocorrido RA com o emprego de gameta heterólogo, indiscriminadamente.

No caso de criança legalmente sem pai - ou, mais raramente, sem mãe - , o projeto possibilita-lhe, além de conhecer a identidade do doador, exercer o direito de exigir do doador o reconhecimento de paternidade, direito esse que também é estendido ao doador que queira reclamar a paternidade da criança. Apesar da evidente dificuldade inerente a qualquer tentativa de rastrear e encontrar os doadores, a mera possibilidade de isso vir a acontecer pode servir para desencorajar as pessoas a contribuírem para originar esse tipo de situação que não atende aos interesses da criança.

Há que se ressaltar que, pela lei brasileira atual, em casos assim tanto a criança - no papel de filho - , quanto o doador, - no de pai - , já têm o direito de "pedir alimentos", consoante o Código Civil, em virtude de serem parentes consangüíneos.

Assinale-se também que esse dispositivo se coaduna com o princípio da "paternidade responsável" erigido pela Constituição Federal de 1998 e corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que determinam 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".

Espera-se, assim, que o projeto tenha o efeito de desencorajar a doação inconseqüente e o emprego irresponsável de gametas humanos e, portanto, a proliferação de casos que atentem contra o direito de filiação da criança e seu senso de identidade.

O terceiro grupo para o qual se buscou instituir proteção legal é o dos usuários das técnicas, que inclui todos os casais e mulheres que adquirem os serviços e produtos - gametas e embriões - dos estabelecimentos e profissionais de reprodução assistida. Essa proteção é requerida para se equilibrar essa relação comercial que apresenta, em uma ponta, indivíduos dispostos a tudo para

realizar seu desejo de procriação, e, na outra, profissionais detentores unilaterais do conhecimento médico e remunerados substancialmente por seus serviços. A desigualdade dessa relação é agravada não só pelo envolvimento emocional dos candidatos a pais, que podem por isso mesmo ser facilmente engendrados em acertos indesejados, mas também pela pressão econômica exercida pela indústria de tecnologia médico-farmacêutica, sempre pronta a patrocinar e incentivar as atividades de seu interesse.

Em relação aos usuários das técnicas, o principal objetivo do projeto foi zelar para que suas ações sejam tomadas de forma consciente, minimizando suas possibilidades de serem engendrados em situações das quais possam vir a se arrepender. Isso porque, além das conseqüências físicas para as mulheres e das conseqüências jurídicas relacionadas à paternidade da criança - que o projeto busca tornar vigentes - , existe ainda a questão da baixa efetividade das técnicas, contra seu alto custo em termos financeiros, psicológicos e biológicos.

Os dados sobre a efetividade dos tratamentos apresentam taxas de sucesso de 20 a 35%, quatro a sete vezes maior do que a taxa de 5% obtida no início dos anos 80, mas ainda assim muito baixas, sobretudo ao se considerar o sofrimento físico e psicológico por que passam os usuários das técnicas. Na FIV, a mulher é submetida, em média, a quatro tentativas (uma por mês) até a gravidez. Se esta nunca sobrevém e o casal não está adequadamente preparado, assiste-se a um quadro de profunda depressão.

Assinale-se que a escolha dos principais objetos de proteção da lei da forma acima explicitada orientou a redação dos demais dispositivos do projeto. Isso porque a qualidade da lei que busque regular a RA depende não só das distintas opções que se adotem diante das alternativas que se apresentam, mas também da coerência dessas opções (se o corpo de um projeto de lei apresentar escolhas feitas sem a menor coerência entre si, limitando de um lado aquilo que permite de outro, na prática, a lei originada não regulamentará nada).

Algumas das matérias abrangidas no projeto são bastante polêmicas, como a destinação a ser dada aos embriões excedentes. As diferentes possibilidades - doação para terceiros, doação para pesquisas, preservação ou descarte - esbarram nas divergentes opiniões sobre o status existencial do embrião, opiniões que se baseiam em critérios éticos, religiosos ou filosóficos de cada pessoa. Alguns autores consideram que os embriões já são gente ou seres humanos em desenvolvimento, o que inviabilizaria o descarte, a doação para pesquisa e mesmo a criopreservação.

Porém, conforme estatui magistrado membro da Associação Internacional de Magistrados para Assuntos de Menores, Turim, Itália, em artigo, já citado, que analisa as conseqüências da reprodução artificial sobre os direitos das crianças, as questões levantadas em relação à RA costumam ser abordadas de vários pontos de vista éticos ou religiosos. Isso, em sua opinião, não parece ser suficiente, pois ele considera que o papel do legislador não é fazer lei com base naquilo que alguns considerem estar de acordo com a vontade de Deus, nem no que a maioria dos cidadãos considerem estar de acordo com seus próprios princípios éticos. Quando as leis são feitas, elas devem também, e talvez principalmente, refletir o que parece ser útil para a totalidade de uma certa sociedade humana ou mesmo para toda a humanidade.

Seguindo a linha até aqui adotada de escolher as opções menos danosas para as crianças do futuro, consideramos que o descarte dos embriões excedentes implica menores riscos do que a doação para terceiros ou para pesquisas. Além disso, como o projeto já propõe um tempo máximo de preservação permitido, não há outra alternativa senão o descarte - a não ser que se pretenda proibir a criação de embriões excedentes ou obrigar o emprego desses embriões na inseminação de terceiros ou em pesquisas, alternativas de difícil regulamentação e fiscalização. Outrossim, se proibíssemos a criação de embriões excedentes, estaríamos prejudicando os usuários, uma vez que se limitariam suas oportunidades de se submeterem novamente à técnica de RA, no caso de insucesso na primeira tentativa.

Não se pode esquecer, no entanto, que o Código Civil Brasileiro resguarda, desde o momento da concepção, os direitos do nascituro. Por essa razão, o projeto determina também que não se aplicam aos embriões fertilizados in vitro, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos garantidos ao nascituro na forma da lei.

Chamamos mais uma vez a atenção para o fato de que, ao escolher a linha mestra de proteger a criança, este projeto fortalece o princípio da paternidade responsável erigido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não podemos nos esquecer, entretanto, que a tarefa de regulamentar a RA corresponde, de certa forma, a plagiar o Criador no momento em que Ele concedeu ao ser humano a capacidade de reproduzir-se espontânea e naturalmente. Assim, diante de tal responsabilidade, conclamamos nossos Pares a aperfeiçoar este projeto, com o intuito de buscarmos contribuir decisivamente para a qualidade de vida das crianças do futuro.

Sala das Sessões, em
Senador LÚCIO ALCANTARA