



## JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES

*Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, com Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (Mestrado e Doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética (Mestrado), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procuradora federal aposentada.*

## SUCESSÃO DO EMBRIÃO

**Sumário:** 1. Esclarecimentos terminológicos sobre reprodução humana assistida e o artigo 1597 do Código Civil. 2. Categorias tradicionais e embriões de laboratório. 3. Opções legislativas: embriões excedentários e transmissão aos seres concebidos à época da abertura da sucessão. 4. Seres ainda não concebidos: a concepção *post mortem*. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Texto apresentado no evento Arquitetura do Planejamento Sucessório, promovido pela Escola Superior de Advocacia-ESA, da OAB/PR, em 30/10/2019, e publicado na coletânea de mesmo nome, pela Editora Fórum, sob a coordenação da professora doutora Daniele Chaves Teixeira.

## 1. ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O ARTIGO 1597 DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil, ao dispor sobre a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento, faz menção, no artigo 1597, a três expressões relativas às técnicas de reprodução humana assistida. São elas: **fecundação artificial homóloga** (artigo 1597, III), **concepção artificial homóloga** (artigo 1597, IV) e **inseminação artificial heteróloga** (artigo 1597, V).<sup>1</sup> Também traz a expressão embriões excedentários, mas sobre ela serão feitas as considerações pertinentes no item 3 do presente estudo. Necessário se faz bem esclarecer a que técnicas de reprodução humana assistida tais expressões correspondem, de modo a evitar interpretações equivocadas.

Já faz algum tempo que a Medicina vem utilizando métodos artificiais voltados a atenuar os problemas relativos à reprodução humana, que podem ser oriundos de diversos fatores de ordem biológica, médica ou psíquica. Costuma-se denominar o uso de tais meios, genericamente, de **fecundação artificial** ou **concepção artificial** – denominações inexatas, na opinião de Piero Bailo (OLIVEIRA, 1984, p. 578), uma vez que artificiais são as maneiras de se obter a fecundação, e não esta em si.

Dentre tais métodos, os mais conhecidos são a inseminação artificial (I. A.) e a fertilização *in vitro* (F. I. V.).<sup>2</sup>

A **inseminação artificial** é a técnica científica mais antiga, e consiste, basicamente, na introdução do sêmen na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado. Pode ser homóloga, se realizada com o sêmen do marido ou do companheiro da paciente, ou heteróloga, se é usado espermatozoides de um doador fértil.<sup>3</sup> Note-se que, nessa técnica, somente se utiliza sêmen e aguarda-se que a concepção ocorra no organismo da paciente, após a inseminação. É importante lembrar, portanto, que, ao mencionar inseminação, a lei faz referência a uma técnica que não utiliza embriões obtidos em laboratório, mesmo porque se espera que a concepção se realize dentro do organismo da paciente, e não fora dele.

Diferente é a fertilização *in vitro* (F.I.V.), que consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até alguns dias, dependendo da técnica, realizar a transferência de um ou mais embriões ao organismo da paciente. Após ovulação induzida por hormônios, os óvulos maduros são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, em seguida, submetidos à fecundação, que será feita fora do corpo da paciente, em recipiente de vidro – por isso o nome *in vitro*, denominação utilizada para indicar processos biológicos realizados fora do sistema vivo (*in vivo*), ou seja, em ambiente laboratorial. Nessa técnica, sim, há obtenção de embriões em laboratório; logo, ao se mencionar fertilização *in vitro*, sabe-se que, para além do uso de sêmen e de óvulos, a finalidade da técnica é a obtenção de um ou mais embriões concebidos em laboratório e sua posterior transferência ao corpo de uma mulher, para o desenvolvimento em gestação. A fertilização *in vitro*, assim como a inseminação artificial, será homóloga ou heteróloga, expressões essas a identificar se foi utilizado material genético apenas do casal (ou companheiros) ou se houve necessidade de buscar doadores anônimos.<sup>4</sup>

Embora os métodos mais conhecidos de reprodução assistida sejam a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, importa mencionar que a expressão “reprodução assistida” vai para além dessas práticas de implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor feminino, com a finalidade de facilitar a procriação. Abrange, de fato, todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução interferindo no processo natural, seja por meio da inseminação artificial, seja mediante a concepção *in vitro*, ou pela transferência embrionária. Igualmente, aquelas que consistem somente no acompanhamento médico e na eventual administração de medicamentos que facilitem o processo natural de reprodução. Assim, de acordo com os entendimentos médicos, o melhor termo para definir a chamada reprodução assistida deve ser interferência, para deixar claro que não se trata de métodos puramente artificiais, porque, mesmo quando as técnicas consistem no manuseio de gametas, elas não deixam de ser naturais (apenas não ocorre o intercuro sexual).<sup>5</sup>

Após esses esclarecimentos terminológicos, retorna-se ao disposto no Código Civil. O legislador usou expressões que se definem pela abrangência de técnicas e métodos de reprodução humana assistida: concepção artificial homóloga e fecundação artificial homóloga. Usou-as para considerar presumidamente concebidos na constância do casamento os filhos havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido (III), e os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de **concepção artificial homóloga** (IV). Como as expressões *fecundação artificial* e *concepção artificial* são abrangentes, conclui-se que o legislador civil pretendeu estabelecer a presunção tanto para os casos de inseminação artificial homóloga quanto para as hipóteses de fertilização *in vitro* homóloga. Em outras palavras, o Código Civil presumiu **concebidos** na constância do casamento tanto os filhos havidos mediante a prática de inseminação artificial com sêmen do marido falecido quanto os havidos por meio de fertilização homóloga e posterior transferência do embrião concebido em laboratório.

No tocante aos embriões mantidos em laboratório, já foram concebidos e, por esse aspecto, estariam legitimados a suceder, sob o ponto de vista estrito de outra previsão da mesma lei (o artigo 1798 do Código Civil dispõe: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”). A questão não é, contudo, pacífica na doutrina, e o legislador civil usou também a expressão “a qualquer tempo” (artigo 1597, V), o que requer mais detidas considerações, que serão apresentadas no item 3 deste estudo.

No que diz respeito à inseminação artificial homóloga realizada postumamente, importa ressaltar que até o momento da abertura da sucessão não houve concepção de fato; o que existe, na realidade, é uma presunção legal de que os filhos assim havidos foram concebidos na constância do casamento (e, obviamente, antes da morte, eis que esta o extingue). Assim, a presunção legal de concepção na constância do casamento não é um dado pacífico a nortear o direito sucessório do novo ser concebido, eis que a concepção há de ser realizada de fato após a abertura da sucessão. Logo, análise mais detida será feita neste estudo, no item 4.

Quanto à inseminação artificial heteróloga, o Código Civil também prevê a presunção de paternidade na constância do casamento (artigo 1597, V), desde que tenha havido prévia autorização do marido. Seguiu o legislador pátrio a orientação de países que já de há muito legislaram sobre o tema da procriação assistida, nos quais a paternidade é determinada a partir do consentimento livre outorgado pelo marido (ou companheiro) da mulher que se submete ao tratamento.<sup>6</sup> Contudo, é de se observar que, embora inclua o filho havido por inseminação artificial heteróloga na presunção de paternidade oriunda do casamento, o Código Civil, aparentemente, não impede ao marido revogar a autorização exigida, possibilitando-lhe contestar a paternidade, direito esse considerado imprescritível.<sup>7</sup> Para dirimir a dúvida, o Enunciado 258, da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça estabelece: “Não cabe a ação prevista no artigo 1601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V do artigo 1597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

**Sobre a inseminação artificial heteróloga, o Código Civil, seguindo orientação de países cujas leis tratam há mais tempo da procriação assistida, estabelece a presunção de paternidade na constância do casamento, desde que haja autorização prévia do marido**

Para efeitos sucessórios, importa saber até que momento há que se considerar a eficácia da autorização: a viúva poderia fazer uso da autorização para, mediante o procedimento médico

com sêmen doado, conceber um filho herdeiro do marido falecido, eis que será presumidamente havido na constância do casamento (artigo 1597, V)? Parece que a resposta deve estar contida na própria autorização. Caso contrário, somente as circunstâncias do caso concreto poderiam dar resposta sobre a real vontade do de *cujus*, o que não é simples nem fácil de evidenciar. Há outras considerações ainda a serem feitas, que neste estudo encontram-se no item 5.

Há que se mencionar, também, que o Código Civil silenciou a respeito da gestação de substituição e da doação de óvulos, muito embora tenha usado expressões abrangentes, como fecundação artificial e concepção artificial. Sobre o sentido estrito em que devem ser interpretadas as expressões usadas pelo Código, veja-se o Enunciado 257, da III Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça: “As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”.

Nesse aspecto, destaca-se aqui a visão um tanto reducionista do legislador, pois ao evitar o tema sob o ponto de vista da maternidade, manteve a determinação tradicional (*mater semper certa est*), a partir do elemento obstétrico (parto), deixando aberta uma lacuna sobre hipóteses de acesso à reprodução assistida *post mortem* pelo viúvo ou companheiro sobrevivente. O Enunciado 633, da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, procurou dirimir: “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresse consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”.

Também não mencionou o Código Civil a respeito dos filhos havidos em união estável mediante uso de técnicas de reprodução assistida. Assim, uma vez mais os doutrinadores se reuniram e aprovaram o Enunciado 570, na VI Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre reprodução assistida heteróloga *a patre*, ou seja, inseminação artificial ou fertilização *in vitro* com o uso de sêmen de doador:

“O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga ‘a patre’ consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira”.

## 2. CATEGORIAS TRADICIONAIS E EMBRIÕES DE LABORATÓRIO

É sabido que a ordem legislativa civil brasileira reconhece os seres humanos nascidos com vida como **pessoas naturais**, protegendo-lhes os direitos (artigo 2º, primeira parte).<sup>8</sup> Também põe a salvo os direitos dos **nascituros** (que são os seres humanos concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas, ao nascerem com vida) – artigo 2º, parte final.<sup>9</sup> Por fim, assegura a possibilidade de ser contemplada na sucessão testamentária a chamada **prole eventual**, a qual se refere aos filhos de pessoas indicadas pelo testador, e que ainda não foram sequer concebidos: daí a eventualidade da sua existência (artigo 1799, I).<sup>10</sup> Segundo as disposições do Código Civil, os seres humanos seriam ou nascidos com vida, ou em desenvolvimento gestacional no ventre materno e por nascer, ou ainda nem concebidos, e estes últimos, por conseguinte, tratados sob o viés da eventualidade.

O rápido avanço dos métodos e das técnicas de reprodução humana trouxe consigo muitas possibilidades de auxílio científico às pessoas que deles necessitam para realizar o projeto de parentalidade. E, como não é raro acontecer, a realidade possibilitada pela ciência (o mundo do ser) ultrapassou os limites estabelecidos formalmente pela ordem jurídica (o mundo do dever ser). Assim, possibilitou a concepção humana extrauterina e, por intermédio dela, a existência de embriões humanos concebidos *in vitro* (em meio externo ao corpo humano) e mantidos em laboratório (criopreservados, para posterior transferência ao útero da mulher). Essa diferente realidade apresentou-se completamente distanciada de toda a categorização tradicional

que fundamentou a codificação civil brasileira. Conforme em certa oportunidade afirmou Gustavo Tepedino, “o paletó ficou apertado”. Sem dúvida, tratar de novas realidades científicas mediante o emprego de categorias oriundas das codificações dos séculos XVIII e XIX é quase impossível.

Os embriões humanos concebidos e mantidos em laboratório são totalmente estranhos ao modelo clássico que ainda hoje se encontra no Código Civil: eles não são **peças naturais**, pois inexistente o nascimento com vida; não são pessoas em estado gestacional e por nascer (**nascituros**), e também não é possível classificá-los como **prole eventual** (a ser concebida), posto que a sua concepção já ocorreu.

O embrião concebido e mantido em laboratório não se encontra em desenvolvimento, à espera de nascer, simplesmente. Isso caracteriza o nascituro, aquele que está em processo gestacional, desenvolvendo-se até o final da gestação, para então nascer. Processo natural, que fez com que o legislador delineasse a proteção ao nascituro (“a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”). Estender essa noção clássica de nascituro, trazida a lume quando sequer se imaginava haver concepção e manutenção de um embrião humano em laboratório, é ampliar o alcance da categoria antiga para realidade nova e diversa, com consequências talvez bastante complicadas.

Embora não possam ser enquadrados nas categorias que o Código Civil traz nas suas disposições, os embriões humanos concebidos e mantidos em laboratório representam vida humana e, por conseguinte, na opinião da autora, parece resultar necessariamente afastada a sua caracterização como bens suscetíveis de subordinação a interesses econômicos. Pela mesma razão, é forçoso afirmar a indubitável necessidade de sua proteção jurídica específica, como seres humanos que foram concebidos (para o atingimento de um objetivo de parentalidade) e se encontram mantidos em laboratório (no aguardo de serem transferidos ao corpo de uma mulher, para seguirem em desenvolvimento até nascerem; ou à espera que lhes seja dado algum destino, uma vez que o projeto inicial de parentalidade tenha sido abandonado).

Para essa busca de soluções que demonstrem verdadeira proteção aos embriões humanos de laboratório, impõem-se,

desde logo, duas tarefas: primeiro, distanciá-los da categorização estabelecida tradicionalmente; segundo, sob o enfoque do amparo, equipará-los aos demais seres humanos. De qualquer sorte, infelizmente, o que se observa é que, no afã de se conseguir gerar um filho, as pessoas buscam as técnicas de reprodução humana assistida, e, no mais das vezes, sequer se dão conta de que gerar um ser humano em laboratório (e mantê-lo lá) é um projeto tão mais desafiador e complicado quanto menor for a previsão de consequências jurídicas decorrentes do seu abandono puro e simples. Não é coisa a se abandonar. Não é mero material biológico. Tem carga genética humana. Pode ser pessoa nascida amanhã.

Enfim, como todo o regramento civil sobre as pessoas, as famílias, as vidas humanas e os reflexos jurídicos da morte foram previstos e estudados a partir do que se conhecia como concepção natural, duração média de uma gestação humana, nascimento com vida, os projetos de parentalidade sempre se pautaram pelas formas naturais de conceber, talvez até pelo acaso e pela surpresa, o que possivelmente não tenha oportunizado aos interessados quaisquer questionamentos que já não estivessem ao alcance do normatizado, do categorizado, do previsto. As possibilidades trazidas pelas técnicas de reprodução humana assistida alteraram não só o modo de ver os mais diferentes desenhos de projetos de parentalidade. Assim, talvez, as pessoas interessadas, ao buscarem esses recursos médicos, precisem de maiores esclarecimentos e talvez um determinado tempo para pensar e decidir sobre a responsabilidade, as condições e os reflexos (psicológicos, econômicos, jurídicos, para além das condições médicas) relativos ao fato de se obter (e manter) embrião (ou embriões) em laboratório ou descartá-los, simplesmente porque já não serve(m) ao propósito inicial. É de se ressaltar, também, que essas pessoas merecem muita atenção e cuidado por parte dos profissionais (o ideal seriam equipes multidisciplinares a versar sobre o tema e bem esclarecer), porquanto se encontram em situação de alta vulnerabilidade e podem, por conseguinte, não apresentar condições psicológicas de absorver informações de eventuais adversidades ao seu projeto parental, agora que a ciência lhes apresenta resposta satisfatória e possivelmente exitosa.

### 3. OPÇÕES LEGISLATIVAS: EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E TRANSMISSÃO AOS SERES CONCEBIDOS À ÉPOCA DA ABERTURA DA SUCESSÃO

Ainda hoje não há lei formal específica, no Brasil, sobre reprodução humana assistida e os seus principais efeitos jurídicos – dentre eles, a necessária proteção dos embriões. O tema é tratado por sucessivas resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais, por sua natureza de atos normativos administrativos, se mostram insuficientes a delimitar atividades que a lei formal brasileira não proíbe expressamente; e, embora não se possa afastar sua eficácia no plano deontológico, apresentam aplicabilidade restrita e certa efemeridade.<sup>11</sup>

Embora a questão dos embriões humanos obtidos e mantidos em laboratório ainda não tenha sido satisfatoriamente prevista na legislação brasileira, não se pode afastar que o legislador civil optou por prever os embriões excedentários. O Código Civil estabelece, em seu artigo 1597, que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” (inciso IV).

Costuma-se denominar de excedentes (ou excedentários, termo usado pelo legislador civil) os embriões obtidos em laboratório, mediante fertilização *in vitro*, que não foram transferidos ao organismo feminino ou porque não apresentavam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluir com sucesso, ultrapassaram o número máximo recomendável à transferência sem riscos inerentes a uma gestação múltipla, tais como ameaças de aborto e nascimentos prematuros.

A preocupação em torno da expressão “embriões excedentários” utilizada pelo legislador civil no citado inciso IV do artigo 1597 consiste, inicialmente, no fato de que ela vem seguida de outra (“a qualquer tempo”), para presumir concebidos na constância do casamento os embriões excedentários havidos mediante concepção artificial homóloga. De início, não é demasiado lembrar que embrião já é um ser

concebido; logo, poderia parecer desnecessária uma presunção legal de concepção para um ser que já foi concebido durante o casamento (lembrando que “embriões excedentários” são aqueles considerados “excedentes” de procedimento médico já realizado). No entanto, se a lei menciona “a qualquer tempo”, a expressão pode remeter tanto ao futuro (embriões obtidos em laboratório enquanto casados eram os interessados no projeto de parentalidade) quanto para o passado (embriões obtidos em laboratório antes mesmo de haver casamento entre os interessados). O legislador civil parece ter optado por essa ampla possibilidade temporal de transferência de embriões mantidos em laboratório e que “excederam” a(s) transferência(s) anterior(es). Não fosse isso, não teria mencionado a presunção de concepção na constância do casamento, de embriões (seres já concebidos). Também não impôs a lei civil qualquer número máximo de possibilidades de transferência, o que pode conduzir à interpretação de que os procedimentos médicos para tanto podem ser vários, de modo a realizar as transferências de tantos quantos forem os embriões mantidos em laboratório, desde que não haja implicações médicas.

Evidentemente, essa falta de previsão legislativa traz preocupações atinentes à própria liberdade individual dos titulares dos gametas que deram origem aos embriões. Ainda que casados sejam, parece que impor o vínculo parental a qualquer deles é afetar-lhe diretamente a liberdade individual.<sup>12</sup> E se não forem mais casados, uma vez que a lei menciona “a qualquer tempo”? Sobre o tema, o Enunciado 107, da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça, estabelece: “Finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”.

Outra ordem de preocupação, para além da determinação da parentalidade jurídica, reside no fato de se prever, legislativamente, embriões ditos excedentários, abrindo a possibilidade para que, a qualquer tempo, sejam transferidos ao organismo feminino para completarem o seu desenvolvimento. Observa-se que a presunção legal pode ser aplicada a despeito do maior

ou menor interesse daqueles que deram início a um projeto parental que, talvez, nem exista mais. Se por um lado pode parecer amparo ao novo ser concebido, pode também traduzir-se em verdadeira redução do ser humano em início de desenvolvimento a mero objeto de desejo ou de vantagens patrimoniais a partir da eventual gestação ou do nascimento do implantado.

Na sucessão parental, objeto do presente estudo, levando-se em consideração que toda a estrutura do instituto parece ter em vista um desenlace a curto prazo, ao se admitir relevância sucessória às situações oriundas da inseminação artificial ou da fertilização *in vitro*, há muito já observou Oliveira Ascensão: “Nunca seria praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinidamente sujeita a ser alterada” (ASCENSÃO, 1994, p. 78).

Uma tentativa de atenuar os resultados trazidos pelas disposições do Código Civil sobre os embriões de laboratório e sobre a vocação hereditária foi a edição do Enunciado 267, oriundo da III Jornada de Direito Civil, realizada em 2004, pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: “A regra do artigo 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

#### **4. SERES AINDA NÃO CONCEBIDOS: A CONCEPÇÃO POST MORTEM**

Sob o ponto de vista da presunção legal do artigo 1597 do Código Civil, podem ocorrer situações em que o novo ser não foi ainda concebido de fato, mas será presumidamente concebido na constância do casamento. Veja-se, de início, sobre o ser ainda não concebido de fato no momento da abertura da sucessão (embora logo se imagine a hipótese mais evidente, que seria a inseminação artificial homóloga *post mortem*, não se

pode afastar a hipótese de fertilização *in vitro post mortem*, pois a abertura da sucessão pode se dar também entre a coleta de sêmen e óvulos para a fecundação em laboratório): em qualquer dos casos, ambos acobertados pela expressão ampla **fecundação artificial homóloga**, o legislador civil estabeleceu que a presunção de concepção refere-se à constância do casamento (como se vivo ainda fosse o marido); logo, é possível concluir que, ainda na hipótese de ser concebido após a morte do *de cuius*, o novo ser concebido tem direitos sucessórios em relação ao autor da herança, porquanto a paternidade já está presumida como se tivesse sido concebido durante a constância do casamento e, por conseguinte, antes da abertura da sucessão. E, no seu artigo 1798, dispõe o Código Civil a respeito da vocação hereditária dos seres já concebidos no momento da abertura da sucessão.<sup>13</sup> Mas haveria sucessão de filho concebido, de fato, postumamente?

Para além desse questionamento, há outra pertinente preocupação: até que momento e em que condições poderia ser realizado o procedimento médico de reprodução assistida pela mulher, com o material genético do marido? Sobre o tema, interessante a redação do Enunciado 108, da I Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça: “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Similar raciocínio efetuado em relação à inseminação artificial homóloga realizada postumamente merece ser aplicado à hipótese de inseminação artificial heteróloga *post mortem*, com a diferença de que, aqui, por se tratar de técnica com o uso de sêmen doado, a lei exige expressamente a prévia autorização do marido. Observe-se que, nesse caso, não há que se falar em embrião; no momento da abertura da sucessão, o ser ainda não foi concebido de fato; mas, como já havia autorização para o procedimento ser realizado, demonstra-se a intenção do falecido no projeto de parentalidade. Assim, a lei presume concebido na constância do casamento (e, portanto, antes da abertura da sucessão) o novo ser resultante de inseminação artificial heteró-

loga *post mortem*, desde que tenha havido autorização prévia do de *cujus* para a realização do procedimento. Talvez em face da presunção legal de concepção anterior à morte, pareça ingressar na categoria de sucessor do pai o filho concebido nessas condições. Mas a questão não é tão simples, eis que a concepção ainda não houve, de fato.

As opiniões contrárias se dividem: há os que sustentam haver direitos sucessórios nas hipóteses de concepção *post mortem* realizada mediante técnicas de reprodução assistida, fundamentando seu entendimento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, na igualdade entre os filhos e no direito à sucessão, salientando também a paternidade responsável e o planejamento familiar. E há os que são contrários aos direitos sucessórios nessas hipóteses, em face da segurança jurídica em relação aos demais herdeiros.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial, homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na constância do casamento”, não se justifica a exclusão dos seus direitos sucessórios (GONÇALVES, 2013. p. 20). Na opinião do autor, entendimento contrário conduziria à aceitação da existência de filho sem direitos sucessórios, o que colide com o princípio constitucional da isonomia entre os filhos (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal).<sup>14</sup>

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho afirma:

Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório. (<[www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_mariarita/prof\\_maria\\_rita\\_7.doc](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_mariarita/prof_maria_rita_7.doc)>). Acesso em: 3/8/2019

Maria Berenice Dias lembra que “a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade

entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido” (DIAS, 2013, p. 377). Aqueles que defendem a impossibilidade de se admitir direitos sucessórios ao ser não concebido fundamentam seu posicionamento no fato de somente estarem legitimados a suceder os nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, exatamente como dispõe o artigo 1798 do Código Civil.

Silvio Venosa afirma que os seres gerados a partir da inseminação após a morte do genitor não são considerados herdeiros, posto que somente podem ser considerados legitimados a suceder aqueles vivos ou concebidos quando da morte do *de cuius* (VENOSA, 2015, p. 57). Costuma-se apontar como solução para a sucessão do ser ainda não concebido as previsões legislativas referentes à sucessão testamentária destinada à prole eventual. Na verdade, o Código Civil permite a sucessão testamentária ao concepturo, ou seja, aquele que ainda não foi concebido (prole eventual) nos termos do artigo 1799, I, segundo o qual podem ser chamados a suceder na sucessão testamentária “os filhos, **ainda não concebidos**, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Ocorre que o legislador previu que os filhos ainda não concebidos devem ser de pessoas indicadas pelo testador, e que estas devem estar vivas ao abrir-se a sucessão. Por isso, parece não ser muito simples ampliar a letra da lei para possibilitar ao filho não concebido ser nomeado como “prole eventual” para receber herança do seu próprio pai.

De todo modo, essa tem sido a solução apontada pela doutrina que nega o direito à sucessão legítima ao ser ainda não concebido no momento da abertura da sucessão. Afirma-se a sucessão testamentária, desde que tenha havido disposição expressa em testamento versando sobre a vontade inequívoca do testador em contemplar o concepturo e que seja observado o prazo de dois anos, na forma do que dispõe o § 4º do artigo 1800 do Código Civil: “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”.

No entanto, a solução apontada não parece eliminar o pro-

blema do tratamento diferenciado entre filhos, o que é vedado constitucionalmente (artigo 227, § 6º). Se a lei prevê a transmissão da herança aos herdeiros (artigo 1784 do Código Civil) ainda que não nascidos (artigo 1798 do Código Civil) e até aos que ainda não foram concebidos por outras pessoas que não o de *cujus* (artigo 1799, I, do Código Civil), não se justifica a exclusão do direito sucessório daquele que é concebido *post mortem*, mediante técnicas de reprodução assistida que vão permitir a realização de um projeto de parentalidade que se iniciou pela vontade manifesta também do autor da herança, quando ainda vivo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para além da falta de lei formal sobre as técnicas de reprodução assistida e sobre a proteção do ser humano embrionário, é possível afirmar que, no Brasil, a polémica em torno dos direitos sucessórios do embrião decorre de algumas ordens de problemas: a) a escolha, pelo legislador civil (artigo 1597), das expressões amplas **fecundação artificial**, **concepção artificial**, seguidas de duas outras de significado ainda mais trabalhoso ao intérprete, que são: **embriões excedentários** e **a qualquer tempo**; b) a **presunção de concepção**, na constância do casamento, de filhos havidos mediante procedimentos de reprodução assistida realizados inclusive postumamente; c) a previsão do artigo 1798, no sentido de considerar legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, sem haver qualquer referência, exceção ou modulação quanto ao disposto no artigo 1597 e suas diferentes e amplas hipóteses de concepção mediante técnicas de reprodução assistida; d) o apego a categorias tradicionais (pessoa natural, nascituro, prole eventual) para tentar dar respostas a situações muito distantes da realidade que justificou a sua previsão na lei civil, bem assim, o embrião concebido e mantido em laboratório; e) a vulnerabilidade trazida pelo sonho de realizar, a qualquer custo, o projeto de parentalidade, o que permite que as pessoas “esqueçam” ou “não queiram saber” dos problemas que podem surgir e das consequências de se conceber e se man-

ter um ser humano em laboratório; e f) a frágil caracterização do embrião humano ora como “filho”, ora como “material biológico” a ser descartado, dependendo do interesse que sobre ele possa recair.

Ao que tudo indica, os posicionamentos majoritários<sup>15</sup> são sobre a impossibilidade de o embrião receber herança legítima. Porém, esse entendimento não é pacífico, e se dá em razão de alguns doutrinadores entenderem que o embrião estaria em situação diferente em relação ao nascituro, não merecendo o mesmo tratamento jurídico. Sobre essa “diferença”, importa lembrar que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, declarou constitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), ao entender que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida ou o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para os que entendem que é dada aos embriões a vocação hereditária, interessa verificar o contido no Enunciado 267-CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “A regra do artigo 1798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

No tocante aos seres ainda não concebidos, vem ganhando espaço a ideia de que é possível a sucessão testamentária, com reserva de bens, desde que exista disposição expressa em testamento versando sobre o assunto e que seja observado o prazo de dois anos previsto no § 4º do artigo 1800 do Código Civil: “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”.

Saliente-se que essa é uma interpretação que se faz a partir da noção de prole eventual, e que não é bem adequada às situações em que o novo herdeiro a ser ainda concebido não será filho somente de “pessoa indicada pelo testador”, mas dele próprio, também. E, sem dúvida, haverá desigualdade de tratamento entre os filhos do autor da herança (sucessores legítimos) se ao novo ser concebido *post mortem* só for permitida a sucessão testamentária. Como se vê, a questão ainda está longe de ser pacificada.

## NOTAS

<sup>1</sup> Art. 1597. 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.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**. Curitiba: Genesis, 1998, p. 36.

<sup>3</sup> SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta - aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 10.

<sup>4</sup> O anonimato dos doadores sempre foi recomendado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina a respeito da Reprodução Humana Assistida. Menciona-se, também, a ‘doação’ de embriões, conforme se observa no item IV da Resolução CFM nº 2168/2017, atualmente em vigor.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***. Anais do **III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBD FAM/Del Rey, 2002, p. 393.

<sup>6</sup> Por exemplo: Austrália, Canadá, Espanha, França, Inglaterra, Israel, Noruega, Nova Zelândia, Suécia e Venezuela, entre outros (MEIRELLES, Jussara, 1998, op.cit., p. 163-166).

<sup>7</sup> Art. 1601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

<sup>8</sup> Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>9</sup> Ver item 8.

<sup>10</sup> Art. 1799. 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. [...]

<sup>11</sup> Para demonstrar as seguidas reformas dos diplomas normativos sobre o tema nos últimos anos, observa-se: a reprodução humana assistida é, atualmente, disciplinada pela Resolução CFM nº 2168, de 21 de setembro de 2017 (D.O.U. de 10/11/2017), que revogou a Resolução nº 2121, de 16 de julho de 2015 (D.O.U. de 24/9/2015). Esta, por sua vez, havia revogado a de nº 2013, de 16 de abril de 2013 (D.O.U. de 9/5/2013) que já havia revogado a de nº 1957, de 15 de dezembro de 2010 (D.O.U. de 6/1/2011), esta última tendo revogado a Resolução CFM nº 1358, de 11 de novembro de 1992 (D.O.U. de 19/11/1992), a primeira e mais longeva normativa ética, no Brasil, sobre reprodução assistida (18 anos de vigência).

<sup>12</sup> Tecendo considerações concernentes ao poder parental sobre o embrião conservado em laboratório, observou Gilda Nicolau (Le statut juridique de l'embryon congelé. In: \_\_\_\_\_. **L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation**. Talence: Presses universitaires de Bordeaux, 1991, p. 303-304) que o desacordo do casal a respeito de uma eventual reimplantação pode caracterizar duas ordens de problemas:

a) a imposição de reimplantá-lo constituirá atentado à integridade psíquica da mulher e será até despreciosa, se a gestante estiver autorizada legislativamente a optar pela interrupção da gravidez; e b) a recusa em procriar poderá constituir injúria grave em relação ao marido.

<sup>13</sup> Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>14</sup> ‘Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’.

<sup>15</sup> Conforme Flávio Tartuce (<<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/680174940/direito-de-familia-e-das-sucessoes-desafios-para-o-futuro>>), no VIII Congresso Paulista de Direito de Família e das Sucessões do IBDFAM, realizado entre os dias 8 e 9 de novembro de 2018, na Associação dos Advogados de São Paulo, à indagação ‘devem ser reconhecidos direitos sucessórios ao embrião, como sucessor legítimo?’, respondeu positivamente o professor da UFPR Eroulth Cortiano Jr. A resposta negativa coube à professora Heloísa Helena Barboza, da UERJ. Houve ampla vitória da resposta do ‘não’, em cerca de 80%, concluindo o público que o embrião somente teria direitos sucessórios após a sua implantação e o seu nascimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <[www.esmape.com.br/downloads/mat\\_prof\\_a\\_mariarita/prof\\_maria\\_rita\\_7.doc](http://www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_a_mariarita/prof_maria_rita_7.doc)>. Acesso em 3/8/2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. **Revista Forense**, n. 328, out./nov./dez.1994.

BRASIL. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/hpsenado>>. Acesso em: 2/8/2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORNADAS de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>>. Acesso em: 1º/8/2019.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**. Curitiba: Genesis, 1998.

\_\_\_\_\_. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família

e Cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 391-402.

NICOLAU, Gilda. Le statut juridique de l'embryon congele. In: \_\_\_\_\_. **L'influence des progrès de la genetique sur le droit de la filiation**. Talence: Presses Universitaires de Bordeaux, 1991.

OLIVEIRA, Antonio de Pádua Leopoldo de. Aspectos jurídicos da inseminação artificial. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 577-591.

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

TARTUCE, Flávio. **Direito de família e das sucessões**: desafios para o futuro. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/680174940/direito-de-familia-e-das-sucessoes-desafios-para-o-futuro>>. Acesso em: 30/7/2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. vol. 7. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.