

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Carlos Henrique Fernandes Guerra

REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*:
uma análise dos reflexos sucessórios envolvendo os filhos provenientes de
técnicas de criopreservação de embriões e gametas

Belo Horizonte

2022

Carlos Henrique Fernandes Guerra

REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*:
uma análise dos reflexos sucessórios envolvendo os filhos provenientes de
técnicas de criopreservação de embriões e gametas

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2022

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G934r Guerra, Carlos Henrique Fernandes
Reprodução assistida *post mortem*: uma análise dos reflexos sucessórios envolvendo os filhos provenientes de técnicas de criopreservação de embriões e gametas) / Carlos Henrique Fernandes Guerra. Belo Horizonte, 2022.
218 f. : il.

Orientador: Walsir Edson Rodrigues Júnior
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Lei de biossegurança (2005). 2. Bioética - Criopreservação. 3. Direito de família - Legislação - Brasil. 4. Reprodução assistida. 5. Legitimidade (Direito). 6. Planejamento familiar - Aspectos jurídicos. 7. Filiação. I. Rodrigues Júnior, Walsir Edson. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.65

Carlos Henrique Fernandes Guerra

REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*:
uma análise dos reflexos sucessórios envolvendo os filhos provenientes de
técnicas de criopreservação de embriões e gametas

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dra. Taisa Maria Macena de Lima - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Monica Cristina Queiroz - Unihorizontes (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Daniel Vieira Sarapu - Unihorizontes (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2022.

Aos meus pais que representam minha base, meu alicerce e, acima de tudo, minha fonte de inspiração eterna.
A Laura que através do seu amor incondicional, me instiga, a cada dia, a ousar e a buscar a realização dos nossos sonhos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais (Paulo e Eliane), irmãos (Natália e Thiago) e sobrinhos (Bernardo, Isabela e Valentina) que, como membros do meu núcleo familiar, representam o meu porto seguro. Os momentos vivenciados ao lado de cada um de vocês são essenciais para minha vida. Nossa união é a chave que permite começos e recomeços.

A Laurinha, parceira de longos anos. Sua presença representa um sopro de alegria em momentos tristes, de coragem nas horas de angústia, de paz e sossego nos períodos de turbulência. Seu amor, sua amizade e sua companhia, foram e são essenciais para o enfrentamento de cada novo desafio. Nossa diversão nunca termina.

O meu agradecimento ao Professor Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior que, pela segunda vez, é o meu orientador. A primeira enquanto graduando no curso de Direito. Agora, novamente, frente ao maior dos desafios, a conquista do Doutorado. Obrigado pelo exemplo profissional e por toda a contribuição ao longo do trabalho.

“Sonhar além dos limites do hoje, acreditar em valores sólidos, ousar fazer a diferença e arregaçar as mangas, e simplesmente agir: Sonhar, Acreditar, Ousar, Fazer”. (Walt Disney).

RESUMO

A presente tese irá analisar, por meio de uma metodologia exploratória e descritiva, sob uma perspectiva de natureza qualitativa e quantitativa, através do método dedutivo, as mudanças proporcionadas pelo avanço da biologia, da genética e da medicina, no campo da reprodução humana assistida, em razão das técnicas e conhecimentos recentes na comunidade científica, na sociedade e, por consequência, no campo do Direito. As inovações propiciadas pela reprodução humana assistida permitem, na atualidade, o uso de gametas e embriões criopreservados, mesmo após a morte de um dos genitores, ocasionando a denominada reprodução assistida *post mortem*. Ocorre que, diferentemente do célere avanço na esfera da biologia e da medicina reprodutiva, o ordenamento jurídico brasileiro não obteve êxito em apresentar soluções claras e efetivas para as demandas e questionamentos que surgiram em razão do uso de tais técnicas. Na realidade, o ordenamento carece de legislação específica sobre o tema. Nesse cenário, pretende-se estudar o conteúdo dos artigos 1.597, incisos III e IV e 1.798, do diploma civilista, em conjunto com as resoluções do Conselho Federal de Medicina, para investigar o alcance da reprodução assistida no campo do Direito das Sucessões. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos, do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como o da autonomia privada, serão fundamentais para compreensão do tratamento a ser conferido à reprodução assistida *post mortem* (face ao atual cenário de ausência de legislação própria). Assim, através do presente estudo, busca-se averiguar o procedimento que deverá ser aplicado à pessoa oriunda de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, no tocante aos reflexos no direito sucessório.

Palavras-chave: Filiação. Legitimidade sucessória. Livre planejamento familiar. Reprodução assistida *post mortem*.

ABSTRACT

This thesis will analyze, through an exploratory and descriptive methodology, from a qualitative and quantitative perspective, through the deductive method, the changes brought about by the advances in biology, genetics and medicine, in the field of assisted human reproduction, due to recent techniques and knowledge in the scientific community, in society and, consequently, in the field of Law. The innovations provided by assisted human reproduction currently allow the use of cryopreserved gametes and embryos, even after the death of one of the parents, causing the so-called post mortem assisted reproduction. It turns out that, unlike the rapid advances in the sphere of biology and reproductive medicine, the Brazilian legal system was not successful in presenting clear and effective solutions to the demands and questions that arose due to the use of such techniques. In reality, the order lacks specific legislation on the subject. In this scenario, it is intended to study the content of articles 1597, items III and IV and 1798, of the civil law, together with the resolutions of the Federal Council of Medicine, to investigate the scope of assisted reproduction in the field of Succession Law. The constitutional principles of human dignity, equality between children, free family planning, the best interests of children and adolescents, as well as private autonomy, will be fundamental for understanding the treatment to be given to post mortem assisted reproduction (given the current scenario of lack of its own legislation). Thus, through this study, we seek to investigate the procedure that should be applied to the person coming from post mortem assisted reproduction techniques, with regard to the effects on inheritance law.

Keywords: Affiliation. Legitimacy of inheritance. Free family planning. Post mortem assisted reproduction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADN	Ácido desoxirribonucleico
Art.	Artigo
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CC/16	Código Civil de 1916
CC/02	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho da Justiça Federal
CMR	Centro de Medicina Reprodutiva
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
Dec.	Decisão
D.O.U.	Diário Oficial da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
HLA	Antígeno Leucocitário Humano
ICSI	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides
IUI	Inseminação Artificial Intrauterina
Inc.	Inciso
j.	Julgado
Min.	Ministro
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
SBRA	Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
Súm.	Súmula
TCLE	Termo de consentimento livre e esclarecido

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	21
2 A evolução do instituto da filiação a partir do Código Civil de 1916.....	26
2.1 Análise conceitual de filiação.....	31
2.2 Critérios de determinação da filiação.....	34
2.2.1 Critério de presunções.....	34
2.2.2 Critério biológico.....	42
2.2.3 Critério socioafetivo.....	47
3 DIREITO SUCESSÓRIO.....	54
3.1 Sucessão legítima.....	60
3.2 Sucessão testamentária.....	63
4 LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA.....	66
4.1 Pessoas já nascidas.....	68
4.2 Pessoas já concebidas.....	69
5 REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	76
5.1 Concepção.....	76
5.1.1 Natural.....	76
5.1.2 Reprodução humana assistida.....	78
5.1.2.1 Histórico das técnicas de reprodução humana assistida.....	80
5.1.2.2 Descrição das técnicas de reprodução humana assistida.....	84
5.3 Criopreservação.....	89
5.4 A evolução das resoluções do Conselho Federal de Medicina.....	94
5.4.1 Resolução nº 1.358-1992.....	96
5.4.2 Resolução nº 1.957-2010.....	97
5.4.3 Resolução nº 2.013-2013.....	98
5.4.4 Resolução nº 2.121-2015.....	100
5.4.5 Resolução nº 2.168-2017.....	100
5.4.6 Resolução nº 2.294-2021.....	101
5.5 Termo de consentimento livre e esclarecido.....	102
6 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	105
6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	107
6.2 Princípio da igualdade entre filhos.....	109
6.3 Princípio do livre planejamento familiar.....	113
6.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.....	117
6.5 Princípio da autonomia privada.....	121
7 REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM.....	126
7.1 Análise de casos.....	134
7.1.1 O Caso Alain Parpalix.....	134
7.1.2 O caso Luiza Roberta Neils.....	135
7.1.3 O caso do bebê chinês Tiantian.....	136
7.1.4 O caso das gêmeas brasileiras Maria Alice e Maria Victoria.....	137

7.1.5 O caso do garoto Ravi.....	138
7.2 Os conflitos envolvendo a reprodução assistida <i>post mortem</i> e suas consequências no direito sucessório.....	138
8 CONCLUSÃO.....	156
REFERÊNCIAS.....	162
ANEXO A.....	176

1 INTRODUÇÃO

Gerar um filho é uma experiência única, extraordinária; para muitos, a mais clara forma de expressão do amor incondicional¹. A decisão de ter ou não um filho, e o momento propício para tanto, pertence a cada indivíduo que, como forma de expressão de sua autonomia e liberdade, irá concluir qual caminho percorrer.

Para aqueles que optam pela trilha da filiação, descortinam-se emoções e sentimentos até então desconhecidos. Todavia, a concretização de tal projeto não se configura como uma simples matemática. Isto porque a biologia humana não é uma ciência simples e, muito menos, exata; pelo contrário, diversos fatores biopsicológicos podem obstar a geração de um futuro filho. E, assim, as barreiras e limitações impostas pelo próprio corpo humano transformam-se em dura sentença que, ao longo da história da humanidade, mostra-se implacável ao impedir, em diversos lares, a materialização da filiação.

Até um passado recente, o grau de conhecimento na esfera médica, biológica e genética não permitia sequer a certeza a respeito da vinculação entre pais e filhos. Nessa esteira, no Brasil, após a codificação civilista de 1916, o critério jurídico baseado em um sistema de presunções foi o escolhido para conferir estabilidade a um modelo familiar patriarcal, patrimonial e hierárquico.

¹ A música “O filho que eu quero”, composta por Toquinho e Vinícius de Moraes, narra, sutilmente, os planos e os sonhos de uma pessoa (no caso, do próprio Toquinho) em relação à vontade de ter um filho, bem como acerca da concretização desse sonho:

“É comum a gente sonhar, eu sei, quando vem o entardecer
 Pois eu também dei de sonhar um sonho lindo de morrer
 Vejo um berço e nele eu me debruçar com o pranto a me correr
 E assim, chorando, acalantar o filho que eu quero ter
 Dorme, meu pequenininho, dorme que a noite já vem
 Teu pai está muito sozinho de tanto amor que ele tem
 De repente, eu vejo se transformar num menino igual a mim
 Que vem correndo me beijar quando eu chegar lá de onde eu vim
 Um menino sempre a me perguntar um porquê que não tem fim
 Um filho a quem só queira bem e a quem só diga que sim
 Dorme, menino levado, dorme que a vida já vem
 Teu pai está muito cansado de tanta dor que ele tem
 Quando a vida enfim me quiser levar pelo tanto que me deu
 Sentir-lhe a barba me roçar no derradeiro beijo seu
 E ao sentir, também, sua mão vedar meu olhar dos olhos seus
 Ouvir-lhe a voz a me embalar num acalanto de adeus
 Dorme, meu pai, sem cuidado, dorme que ao entardecer
 Teu filho sonha acordado, com o filho que ele quer ter”. (PECCI FILHO, Antonio; MORAES, Marcus Vinícius da Cruz de Mello. **O filho que eu quero ter**. 1974. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/toquinho/o-filho-que-eu- quero-ter.html>).

Desde meados do século passado, diversos avanços e conquistas sucederam na esfera da biologia, da genética e da medicina, incluindo, entre tais, a descoberta da sequência do DNA (e, a partir desta, sua aplicação para identificar os vínculos genéticos entre as pessoas); as mais variadas inovações em tratamentos de doenças; o emprego de métodos e novos aparelhos na realização de procedimentos cirúrgicos; e, dentre outros exemplos, ressalta-se, no campo da filiação, o surgimento das revolucionárias técnicas de reprodução humana assistida.

Ao mesmo tempo em que a biologia e a medicina estavam em franco desenvolvimento, o Direito perpassava por diversas transformações ditadas pelas mudanças e anseios sociais, culminando com a Constituição Federal de 1988, marco histórico para o campo jurídico.

A família, nesse novo contexto, baseada em um modelo contemporâneo, revelou novos contornos; o afeto, a democracia, a igualdade, a liberdade entre seus membros, o pluralismo de entidades familiares e a igualdade entre filhos tornam-se os pilares dessa nova conjuntura.

O legislador do Código Civil de 2002, ainda que de modo incipiente, inseriu, no corpo do texto do artigo 1.597, a possibilidade do uso das técnicas de reprodução humana assistida, sendo garantida, face ao emprego de tais técnicas, a presunção de filiação.

O Conselho Federal de Medicina, desde o ano de 1992, tem publicado resoluções apresentando regras acerca do uso das técnicas de reprodução assistida, sendo, a mais recente, a Resolução nº 2.294, publicada em Junho de 2021.

Ocorre que, em função das constantes descobertas e inovações técnicas que surgem na esfera da reprodução assistida, os pontuais dispositivos previstos no diploma civilista, assim como nas resoluções aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina, não se mostram suficientes ou mesmo capazes de solucionar² todas as

² Sobre esse novo cenário, Caio Mário da Silva Pereira assevera: “Quando a ciência biológica anuncia processo de inseminação artificial, para proporcionar a gestação sem o pressuposto fisiológico das relações sexuais, uma série de implicações jurídicas eclode, como seja a indagação da legitimidade do filho, a necessidade da autorização da mulher, a anuência do marido, o registro do filho, afora o problema da inseminação contra a vontade de qualquer dos cônjuges, ou sua realização sem o conhecimento do fato por algum deles, ou a necessidade de reconhecimento ou declaração de paternidade. Todos estes assuntos têm sido debatidos pelo civilista em congressos, conferências, monografias, estudos publicados em revistas especializadas. Estudos recentes na Doutrina Brasileira enfrentam com coragem aspectos jurídicos relevantes ao tema. A ausência de uma regulamentação legal impõe o desafio ao jurista de participar das avaliações científicas indicando os elementos ético-jurídicos que deverão orientar a pesquisa. Não deve ser ele, apenas, um mero elaborador de normas

demandas proporcionadas pela nova realidade concebida no campo da biologia, da genética e da medicina.

Note que, no atual estágio, a reprodução assistida pode ser indicada para os mais diversos casos, desde a infertilidade humana, perpassando pelas hipóteses de tratamentos médicos essenciais para sobrevivência (que podem acarretar em infertilidade), até mesmo pela postergação da maternidade (sendo estes alguns exemplos passíveis de aplicação do mencionado procedimento).

Nesse cenário de quebra de paradigmas, de mudança de hábitos e costumes, a biologia e a medicina viabilizaram o até então impossível – abrindo portas para um caminho jamais imaginado – a partir do uso, com êxito, das técnicas de reprodução assistida mesmo após a morte de uma das partes (o que é denominado de reprodução assistida *post mortem*).

Assim, hodiernamente, um filho pode ser gerado até mesmo após a morte dos pais, o que somente é oportunizado através do processo de criopreservação de embriões ou de gametas.

A partir desse novo contexto, as dúvidas, os debates e os questionamentos aumentaram exponencialmente. Isso porque, face ao conteúdo do artigo 1.798 do Código Civil, caso esse filho venha a nascer com vida, será a ele assegurada a legitimidade sucessória, assim como todos os direitos e garantias inerentes ao Direito das Sucessões?

Novamente, remonta-se à constatação acerca de que a ausência de legislação específica regulando o exercício das técnicas de reprodução humana assistida proporciona, no meio jurídico, constantes indagações sobre a presente temática. Afinal, a carência de normatização própria suscita um universo de insegurança.

Busca-se, portanto, com o presente estudo compreender a reprodução assistida *post mortem* frente ao uso de embriões e gametas criopreservados e, diante da ausência de legislação específica, investigar o tratamento a ser conferido ao filho gerado em tais circunstâncias, examinando, pois, se a este será reconhecida a legitimidade sucessória e, por consequência, as garantias inerentes ao Direito das Sucessões.

A presente tese baseia-se na metodologia exploratória e descritiva, sendo utilizada uma perspectiva de natureza qualitativa e quantitativa, através do método dedutivo. O presente estudo será desenvolvido, especialmente, por intermédio de pesquisa bibliográfica, estudo da legislação vigente, análise das resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina, exame de casos reais e de jurisprudências, assim como levantamento de dados.

Com o intuito de analisar a reprodução assistida *post mortem*, optou-se por, em um primeiro capítulo, elucidar a conceituação de filiação, bem como demonstrar a evolução desse tema no Brasil a partir do Código Civil de 1916, culminando com a Constituição Federal de 1988 (grande marco para o Direito) e, na sequência, com o Código Civil de 2002. Nesse cenário, serão averiguadas as linhagens de filiação (jurídica, biológica e socioafetiva), visando à compreensão do atual estágio do instituto.

No capítulo seguinte, busca-se apresentar as regras centrais acerca do Direito das Sucessões, especialmente na diferenciação entre a sucessão legítima (prevista nos artigos 1.829 e seguintes do diploma civilista) e a sucessão testamentária (conteúdo regulado entre os artigos 1.857 e 1.990 do Código Civil de 2002), permitindo, assim, a construção do embasamento necessário para o debate sobre os direitos sucessórios do filho gerado por meio das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

Na sequência, investiga-se a legitimidade sucessória prevista no Código Civil de 2002, em especial o conteúdo do artigo 1.798 – um dos elementos essenciais da presente tese – o qual prevê tanto a pessoa nascida quanto aquela já concebida, como legitimados a concorrer à sucessão do autor da herança. Nesse sentido, foi realizado um estudo em separado sobre cada um dos requisitos de legitimidade estipulados pelos legisladores no mencionado dispositivo legal.

No quinto capítulo, é abordada a reprodução humana assistida. Para tanto, será apresentada a conceituação e o histórico face ao tema, bem como descritas as principais técnicas utilizadas por profissionais da esfera da medicina reprodutiva. Nesse mesmo capítulo, será tratada a evolução de cada uma das Resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina. Por fim, será conferido destaque ao termo de consentimento livre e esclarecido.

No sexto capítulo, será estudada a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos, do livre planejamento

familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente, da autonomia privada, tendo como objetivo estabelecer um paralelo em relação à condição daquele que foi gerado por meio do procedimento de reprodução assistida *post mortem* e aos reflexos no âmbito da legitimidade sucessória.

Por fim, no sétimo capítulo, serão investigados casos reais sobre o uso da reprodução assistida *post mortem*, como meio de elucidar a realidade sobre o tema. Será, ainda, objeto de estudo, no referido capítulo, o emprego da reprodução assistida *post mortem* em dois cenários distintos. O primeiro, quando do uso de embriões criopreservados e, na sequência, quando do emprego de gametas criopreservados. Nesse cenário, será estudada a legitimidade e os reflexos sucessórios do filho em relação ao(à) genitor(a) falecido(a).

A reprodução assistida *post mortem* é uma realidade no atual cenário científico. Trata-se, portanto, de um caminho sem volta no qual os futuros pais, dentro do exercício do livre planejamento familiar e, como máxima expressão da autonomia privada, não apenas poderão recorrer ao uso das técnicas de reprodução assistida, como também, em vida, terão a possibilidade de autorizar, em caso de falecimento, a devida continuidade do procedimento. Nesse novo horizonte propiciado pela biologia e pela medicina – e, ao mesmo tempo, desprovido de legislação específica –, o enfrentamento do tema mostra-se essencial.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FILIAÇÃO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Direito, a despeito de suas tradições, heranças e paradigmas, é dinâmico. Mudanças, transformações e alterações ocorrem rotineiramente nas sociedades, refletindo nas mais diversas esferas, inclusive, no próprio Direito.

A passagem do tempo tem se mostrado, como há de ser, uma certeza inexorável e inflexível³. Junto a esse transcurso do lapso temporal e, na mesma velocidade, ocorrem modificações em todas as esferas da vida humana.

Um simples olhar nos últimos cem anos permite a abertura de uma janela com múltiplas transformações experimentadas pela humanidade, desde a forma de comunicar e relacionar entre os indivíduos, perpassando pelos avanços da tecnologia em praticamente todas as esferas do conhecimento, até, obviamente, o Direito e toda a sua estrutura normativa.

Os reflexos no Direito decorrem de um simples fato de que as transformações sociais acarretam, invariavelmente, modificações, adaptações e reestruturações das normas jurídicas e seus diplomas legais.

Áfinal, como a migração contínua das zonas rurais para os centros urbanos não iriam afetar o Direito? Ou mesmo, como as inovações tecnológicas não iriam impactar o ordenamento jurídico? E a globalização aliada às novas metodologias de comunicação?

Inúmeros poderiam ser os exemplos de transformações que impactaram e continuam a impactar a vida humana e, por consequência, eclodiram diretamente nos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Ressalta-se que, não há, na presente constatação, qualquer viés de crítica (seja positiva ou negativa) face às dinâmicas sociais e suas "(r)evoluções". O que se pode constatar é, justamente, o fato de que tais transformações implicam, inevitavelmente, em uma nova leitura do Direito.

³ "Um dos acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem, sem qualquer dúvida, é o tempo. Na perspectiva filosófica, o tempo é uma categoria abstrata, enquanto, na visão dos pragmáticos do mundo contemporâneo, time is money. Machado de Assis já alertava: "o tempo é um rato roedor de cousas, que as diminui ou altera no sentido de lhes dar outro aspecto". (ROSA, Conrado Paulino. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. p. 68-69).

Partindo dessa premissa, o Direito de Família pode ser apresentado, como um nítido exemplo de modelo que experimentou numerosas reviravoltas, desde a promulgação do Código Civil de 1916 até a atualidade.

A transfiguração da entidade familiar estruturada na dinâmica patriarcal para a contemporânea comprova o dinamismo das mudanças sociais e seus efeitos na órbita jurídica.

Quando da entrada em vigor do diploma civilista de 1916, as regras atreladas ao Direito de Família correlacionavam com a estrutura social vigente naquele momento no Brasil.

A família era essencialmente matrimonializada⁴. Logo, somente eram reconhecidos pelo Estado, como entidades familiares, aqueles arranjos oriundos da celebração de um casamento. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 proclamava, no art. 229, que o primeiro e principal efeito do casamento é a criação da família legítima. A família estabelecida fora do casamento era considerada ilegítima e só mencionada em alguns dispositivos que faziam restrições a esse modo de convivência [...]. (GONÇALVES, 2012, p. 28)

E mais, a família era, fundamentalmente, estruturada em um arquétipo patriarcal, baseada no *pater poder*⁵, ou seja, no poder do homem, no poder do pai⁶. Os interesses do núcleo familiar estavam diretamente ligados aos do “chefe”⁷ da entidade familiar, sendo este correlacionado à busca pela aquisição, ampliação ou mesmo conservação de riquezas.

Nessa composição, fundada no matrimônio e baseada no *pater poder*, filhos eram vistos, em especial, como instrumentos para o acúmulo de bens. O foco central não estava atrelado à busca pelos interesses dos membros das entidades familiares, mas na implementação dos desejos e anseios patrimoniais do *pater*.

⁴ “Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)”. (BRASIL, 1916).

⁵ O ordenamento jurídico brasileiro, no início do século XX, apresentava como expoente o Código Civil de 1916, que possuía grande influência do Direito Romano. Tal fato pode ser verificado, por exemplo, através do *pater is est*. Afinal, durante boa parte da constância do Código Civil de 1916, prevaleceu o modelo familiar denominado patriarcal ou anterior.

⁶ “Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto dessa época”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 16).

⁷ “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251)”. (BRASIL, 2016).

O ambiente familiar ora descrito acarretava, conseqüentemente, reflexos no instituto da filiação. Isso porque o reconhecimento da qualidade de filho somente sucedia face àqueles que tinham como sua origem uma entidade matrimonial. Filhos concebidos fora de núcleos matrimoniais não recebiam o mesmo tratamento, existindo, portanto, uma clara divisão entre filiação legítima e ilegítima⁸. Nesse sentido, insta destacar a passagem descrita por Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior acerca da compreensão da filiação:

A filiação, na concepção do Código Civil de 1916, podia ser legítima e ilegítima. *Filhos legítimos* eram aqueles concebidos na constância do casamento, ou seja, pai e mãe casados entre si geravam filhos legítimos. Já os *filhos ilegítimos* eram decorrentes de relações fora do casamento, ou seja, os pais não eram casados entre si. Classificavam-se em naturais, espúrios, adúlteros e incestuosos. Os *filhos naturais* eram os nascidos de pais entre os quais não havia, a época da concepção, impedimento matrimonial. Portanto, os pais não eram casados, mas, se quisessem, poderiam realizar o casamento, pois não havia impedimento matrimonial entre eles. Os *filhos espúrios*, por sua vez, eram os oriundos da união de homem e mulher impedidos de se casarem na época da concepção, por laço de parentesco em grau proibido ou por já serem casados – ambos, ou um deles apenas – com outra pessoa. Duas eram as espécies de filhos espúrios: os adúlteros e os incestuosos. Os *filhos espúrios adúlteros* eram os nascidos de pessoas impedidas de casar em virtude de casamento com terceiros. Os filhos espúrios incestuosos eram os nascidos de pessoas impedidas de se unirem por matrimônio válido em razão de haver entre eles parentesco. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 346-347).

Constata-se, portanto, durante boa parte da vigência do Código Civil de 1916, que a família, lastreada pelo patrimonialismo e pelo *pater poder*, somente era reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro quando proveniente do matrimônio. E é justamente em função da presença ou não do selo do casamento que o instituto da filiação apresentava traços de desigualdade, pois somente aqueles oriundos do vínculo matrimonial eram plenamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, acarretando, assim, um tratamento discriminatório entre filhos.

Essa estruturação patriarcal, ao longo do transcurso do século passado, passou a ser amplamente criticada e questionada. Diversos fatores alteraram a estrutura social até então vigente. A título exemplificativo, destacam-se o movimento migratório das zonas rurais para os centros urbanos; a transição da economia baseada preponderantemente no mercado agrário para o industrial; a inserção da mulher no mercado de trabalho; a revolução sexual; as próprias transformações

⁸ Conteúdo este previsto entre os artigos 337 ao 367 do Código Civil de 1916, nos seguintes capítulos: “Da Filiação Legítima”, “Da Legitimação” e “Do Reconhecimento dos Filhos Ilegítimos”.

internas nos núcleos familiares; a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial; a alteração da expectativa de vida; as novas composições sociais e familiares; as mudanças de hábitos e costumes; os avanços tecnológicos; entre diversos outros elementos que poderiam ser observados (VENOSA, 2014).

Ressaltando as causas que acarretaram a transição do modelo familiar, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira assim dispõem:

Muitos fenômenos contribuíram para uma nova arquitetura familiar no final do século XX, tais como a quebra da ideologia patriarcal, a revolução feminista, a redivisão sexual do trabalho e a evolução do conhecimento científico. Tudo isso fez com que as pessoas assumissem novos papéis na estrutura familiar, compartilhando, por exemplo, a função de prover as despesas da casa, pois a mulher também se alocou no mercado de trabalho. Tal atitude impulsionou o homem a buscar o exercício de um papel ativo no âmbito doméstico, obrigando-o a rever seu antigo conceito de paternidade. A verticalidade das relações começa a ceder lugar à busca de uma horizontalidade que caracteriza a família igualitária. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 28).

Como símbolo jurídico da ruptura com a estrutura até então vigente, tem-se a promulgação da Constituição Federal de 1988. Afinal, a Carta Magna comprovou ser um grande marco para o Direito.

No tocante ao Direito de Família⁹, tabus, tradições e antigos paradigmas foram rompidos, sendo conferidos novos contornos à entidade familiar. Um primeiro ponto que merece destaque está relacionado ao princípio do pluralismo de entidades familiares, segundo o qual o reconhecimento de entidades familiares não está mais restrito apenas ao matrimônio. A Constituição Federal de 1988 ampliou, em seu texto, o rol de entidades familiares, dispondo sobre o casamento, a união estável e a família monoparental¹⁰.

Ocorreu, também, a partir da Carta Magna, uma clara transição do *pater poder* para o poder familiar, configurando uma descentralização do domínio da figura do homem. Desse modo, homens e mulheres passam a exercer, com igualdade de

⁹ Nesse sentido, destaca Maria Berenice Dias que “grande parte do direito civil foi parar na Constituição, que enlaçou temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 44).

¹⁰ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (BRASIL, 1988).

direitos e obrigações¹¹, a tomada de decisões atreladas ao núcleo familiar. Muito mais do que uma busca patrimonial¹², a família contemporânea objetiva alcançar, democraticamente, a efetivação dos interesses de seus membros¹³. Nessa nova realidade, o afeto torna-se um dos pilares das relações familiares¹⁴, pois, afinal, o conceito de família passa a estar diretamente relacionado às relações de seus membros, o que pode ser verificado através das lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculos socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes. [...] é a afetividade que forma e justifica o vínculo entre os membros da família constituindo-a. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.44-45).

As mudanças acarretadas pelo texto constitucional¹⁵ (em especial, no artigo 227, §6º)¹⁶ incidiram nas relações de filiação, não mais admitindo qualquer

¹¹ O princípio da igualdade entre homens e mulheres está esculpido, no texto constitucional, nos artigos 5º, *caput* e inciso I e 226, § 5º:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. (BRASIL, 1988).

¹² Sobre o tema, destacam-se as linhas narradas por Rose Melo Vencelau ao dispor que “a nova ordem constitucional trouxe para o centro das preocupações, a proteção da pessoa e não do patrimônio como outrora”. (VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 43).

¹³ “A família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu do mundo antigo. [...] A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou passaram a desempenhar papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua”. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 17-18).

¹⁴ “E veio revestir no direito moderno outras características. Substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrática-efetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 16 ed. Rio Janeiro: Forense, 2007. p. 27-28).

¹⁵ “A Constituição de 1988 acolheu as transformações sociais da família brasileira, incluindo no seu texto três eixos modificativos de extrema relevância: a) *igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal* (art. 226, §5º), reproduzindo o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I); b) *igualdade absoluta dos filhos* (art. 227, §6º), sem importar a origem vedando-se qualquer forma de discriminação; c) *pluralidade dos modelos de família* (art. 226, §§1º, 3º e 4º). Não foram recepcionadas as normas do Código Civil de 1916, que importavam em distinção

modalidade de diferenciação entre filhos e rompendo, de modo definitivo, com a antiga estruturação discriminatória até então vigente. O reconhecimento da filiação passa a ser independente da pré-existência de um vínculo matrimonial. Nessa esteira, “[...] em termos de filiação o que há de importante são os termos da equiparação que impede tratamento diferenciado aos filhos nascidos num lar matrimonial ou não matrimonial” (VENCELAU, 2004, p.42).

A Constituição Federal de 1988, ao expandir a concepção de família, não apenas rompeu com a imagem restrita ao matrimônio, como também conferiu uma nova visão ao instituto da filiação, promovendo uma ruptura entre a família matrimonializada e a filiação legítima¹⁷. Ruptura esta que, notoriamente, inspirou o legislador do Diploma Civilista de 2002, a julgar pelo teor do artigo 1.596: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”¹⁸ (BRASIL, 2002).

2.1 Análise conceitual da filiação

O instituto da filiação perpassou, ao longo dos tempos, por múltiplas transformações. A compreensão de filho variou no tempo e no espaço. Costumes,

entre homem e mulher, filhos ou modelos de família para proteção do Estado, o que exigiu sua atualização e das leis especiais, inclusive com a edição de novas normas, resultando finalmente na aprovação do Código Civil de 2002”. (CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva.2015. p. 46-47).

¹⁶ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 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”. (BRASIL, 1988).

¹⁷ Nesse sentido são os ensinamentos de Luiz Edson Fachin: “A partir de 1988, em suma, há constitucionalização da família e do casamento, ao mesmo tempo em que o legislador constitucional chamou para si a tarefa de estabelecer as linhas mestras do sistema jurídico atinente à filiação. O código Civil perde, a partir daí, o papel de lei fundamental diante das regras agora constitucionalmente estatuídas”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 59).

¹⁸ Nesse contexto, destacam-se as lições de José Costa Loures e Taís Maria Loures Dolabela Guimarães: “O texto deste artigo reproduz *ipsis litteris* o do artigo 227, §6º, da Constituição Federal, representando a suma evolução da matéria, decretando em definitivo o fim do tratamento discriminatório que sempre se deu aos filhos havidos fora do casamento, expressão esta que substitui a expressão filhos ilegítimos, de acordo com a Lei n. 8.560/92, artigo 1º”. (LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. **Código Civil Comentado**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 865).

fatos históricos, interesses públicos, avanços tecnológicos, entre vários outros fatores e fenômenos sociais influenciaram na evolução desse instituto. No Brasil, somente após a Constituição Federal de 1988, passou a ser acolhida a igualdade na filiação, rompendo, desse modo, com a barreira imposta, na codificação civilista de 1916, entre a filiação legítima e ilegítima¹⁹.

Sobre a Carta Magna e a revolução por ela fomentada, Rose Melo Vencelau assim destaca:

Com efeito, o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o de amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos. (VENCELAU, 2004, p. 45).

Justamente em função das variadas rotas e caminhos que alteraram o curso da filiação ao longo da história, o exercício de conceituar tal instituto mostra-se uma tarefa árdua e desafiadora. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “[...] a filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais” (PEREIRA, 2007, p. 315). Para Maria Luiz Póvoa Cruz, “filiação é uma relação de ordem jurídica que envolve a apropriação da pessoa humana, e o vínculo com aqueles que o conceberam” (CRUZ, 2011, p. 232)²⁰. E, para Paulo Lôbo:

Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra se vincula pela origem biológica ou socioafetiva. Quando a relação é considerada em face do pai, chama-se paternidade, quando em face da mãe, maternidade. Filiação procede do latim *filiatio*, que significa procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace. (LÔBO, 2017, p. 211).

Sobre o tema, insta ressaltar as lições de Flávio Tartuce:

¹⁹ “A filiação é o vínculo jurídico específico entre ascendente e descendente que seja de 1º grau, isto é, entre pai e filho(a) ou entre mãe e filho(a). Atualmente, não se admite qualquer adjetivo (legítimo, ilegítimo, adulterino, bastardo, incestuoso etc) acrescentando ao substantivo “filho”. (QUEIROZ, Monica. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 1149).

²⁰ Ainda sobre a conceituação de filiação, Silvio de Salvo Venosa assim informa: “Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 231).

A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos. (TARTUCE, 2015, p. 370).

Ainda sobre a conceituação de filiação, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior afirmam:

Trata-se de um parentesco em linha reta, que abrange a descendência de um mesmo tronco ancestral. A filiação se forma entre um indivíduo que decorre, diretamente, do outro; é o vínculo havido entre o gerador e o gerado. É através da filiação que se indica a linguagem da qual adveio o sujeito, definindo-se, em conseqüência, a maternidade e a paternidade. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR; 2012, p. 344).

O novo tratamento conferido à filiação, após a Constituição Federal de 1988, serviu de inspiração para o texto legal do Código Civil de 2002²¹. A aplicação do princípio da igualdade entre filhos, previsto no artigo 227, §6º, do texto constitucional, replicado no artigo 1.596 do diploma civilista, configura a quebra do paradigma de que somente os filhos oriundos de uma relação matrimonial eram devidamente reconhecidos. Na atualidade, a compreensão do conceito de filiação (como também de sua determinação) perpassa, impreterivelmente, pelo estudo dos critérios de determinação de tal vínculo, sendo estes o jurídico, o biológico e o socioafetivo (conteúdo analisado no tópico 2.2).

Nesse novo cenário, a figura do filho assume um papel central dentro dos núcleos familiares. Baseado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, centrado nas novas composições familiares, ousa-se aqui afirmar que os filhos, pela primeira vez na história jurídica brasileira, alcançaram, de fato, a posição de sujeitos de direitos²². Nos dizeres de César Fiuza:

Em outras palavras, a preocupação é com a pessoa dos filhos menores, seu bem estar, seu melhor interesse. A idéia pode soar-nos muito óbvia, mas,

²¹ Apesar da influência do texto constitucional e das mudanças sociais, o Código Civil de 2002, no âmbito da filiação, guarda resquícios do Código Civil de 1916, especialmente, em relação às presunções atreladas à paternidade.

²² “Portanto, a nova ordem filiatória, centrada no garantismo constitucional e nos valores da República (dignidade, solidariedade social, igualdade e liberdade), implica em *funcionalizar* a filiação à realização plena das pessoas envolvidas (pais e filhos), além de *despatrimonializar* o conteúdo da relação jurídica (compreendida de forma muito mais ampla do que uma simples causa para a transmissão de herança) e de proibir *discriminações*. Como forma promocional do ser humano”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 6 - Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 546).

até pouco tempo atrás, a concepção era oposta. A relação entre pais e filhos era baseada na idéia da absoluta primazia dos pais, o *pater-familias* tinha direito de vida e de morte sobre seus filhos e outros dependentes. Assim o filhocrismo é idéia nova, que pode ser considerada um valor ou mesmo um princípio, recepcionado principalmente pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e, porque não, pelo Código Civil. (FIUZA, 2004, p.926).

Pode-se concluir, assim, que a filiação seria o elo²³ responsável por vincular as pessoas à sua prole (ou seja, aos seus descendentes de primeiro grau), sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório entre os filhos, independente do vínculo de fixação dessa filiação ter sido baseado no critério de presunções (também denominado, por parte da doutrina, como critério jurídico), biológico ou socioafetivo.

2.2 Critérios de determinação da filiação

2.2.1 Critério de presunções

A constituição de família, durante a vigência do Código Civil de 1916, estava limitada à presença do matrimônio. A família, além de matrimonializada, estruturava-se em um modelo patrimonial e patriarcal, no qual o homem, como responsável pelo núcleo, perseguia o acúmulo de bens.

Essa organização familiar, por conseguinte, afetou sobremaneira o tratamento conferido ao instituto da filiação. Isso porque, na incessante busca pela estabilidade e proteção do casamento, o devido tratamento, bem como os direitos e os deveres conferidos aos filhos, somente eram garantidos para aqueles que eram frutos de enlances matrimoniais.

Assim, uma clara distinção passou a existir no tocante à filiação; de um lado estavam os filhos legítimos (“filhos do casamento”) e, do outro, todo um universo de

²³ “Ter filhos é uma experiência única e, embora acompanhada de imensas dificuldades, essencialmente gratificante. Quem passa por ela no momento certo da vida, enriquece-a em muito. Como antes de transmitir conceitos e valores é preciso clarificá-los, preparar alguém para viver em sociedade importa reestruturar-se internamente. Acompanhar de perto o crescimento de novo ser da espécie, contribuindo de modo decisivo para sua formação, desperta o sentimento de responsabilidade pela preservação e renovação de uma herança cultural milenar. Mostrar o mundo para o filho é redescobri-lo nos seus perdidos detalhes: depois de crescer, a gente só se recorda que a lagarta se metamorfoseia em borboleta, e tantas coisas mais, ao falar disso com ele. Ter filhos, vivenciando intensamente a relação, é rejuvenescer. Ao mesmo tempo, amadurece-se com a paternidade ou maternidade. Para dar conta de educar crianças e adolescentes como se deve, é preciso estabilidade emocional e psíquica. Os pais que não a têm, ganham a oportunidade de conquistá-la”. (COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil - Família. Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p.158).

filhos ilegítimos (sejam naturais ou espúrios). Diferenciação esta que, inclusive, estava inserida no próprio corpo do diploma civilista de 1916.

Ocorre que o sistema adotado para configuração de filiação legítima – a origem lastreada em uma entidade matrimonial – apresentava um problema prático, relativo à certeza do vínculo de filiação.

O Código Civil de 1916, publicado no dia 05 de janeiro de 1916 e, que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917, estava limitado aos elementos e recursos sociais do seu próprio tempo. Realizando uma viagem ao passado, encontra-se uma conjuntura social totalmente distinta da atual realidade. Os costumes, as tradições, as crenças, a concentração geográfica da população, entre diversos outros aspectos, impactavam no modo de agir e viver da sociedade brasileira, no início do século passado.

Os conhecimentos científicos à época não eram suficientes para confirmar a ligação consanguínea e genética entre pais e filhos, o que poderia acarretar uma importante fragilidade na estrutura familiar fundada no matrimônio. Afinal, face às limitações técnicas e de conteúdo na esfera da biologia, como garantir a existência de vinculação entre pais e filhos? Aquela criança nascida no seio de uma entidade matrimonial estava ligada geneticamente aos seus pais?

Neste ponto, é importante destacar que os questionamentos concernentes ao elo consanguíneo convergiam, exclusivamente, para a figura paterna. Isso porque, no tocante à maternidade, os sinais fisiológicos aparentes da gestação sanavam qualquer dúvida quanto à maternidade²⁴. Esse cenário propiciou a formação de um jogo de incertezas, de meias verdades, no qual a maternidade era fisicamente apurada²⁵, enquanto a confirmação da paternidade apresentava-se como um fenômeno incerto e indefinido. José Bonifácio Andrada e Silva exemplifica essa situação:

Nesse tempo, a questão da paternidade não poderia ser resolvida pela biologia. Segundo *Lafayette*, a maternidade revela-se por sinais exteriores

²⁴ “No que tange à relação consanguínea, na época, o único aspecto capaz de certificar a derivação do sujeito gerado era a gravidez. Apenas a maternidade era fato indiscutível, impositivo por si mesmo, dispensando-se mais esclarecimentos. A gestação e o parto é que demonstravam a mãe da criança nascida. *Mater semper certa est* [...]”. (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012. p. 345).

²⁵ Segundo Juliane Fernandes Queiroz, “isto ocorre porque a maternidade foi sempre ostensiva, identificada por sinais exteriores e inequívocos, tais como a gravidez, o parto e o aleitamento.” (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 36)

inequívocos: a gravidez e o parto, fatos claros e positivos, susceptíveis de inspeção ocular. É nesse sentido que deve ser entendida a máxima: *semper est certa mater*. A paternidade, porém, por sua natureza oculta e incerta, não pode ser firmada em prova direta, como a maternidade (ANDRADA E SILVA, 1919, p. 219).

O cenário de incertezas no tocante à confirmação da paternidade – em função da ausência de conhecimento e recurso na esfera da biologia e da medicina, acrescido pela estruturação familiar baseada nos pilares do *pater poder* e do matrimônio – levou o legislador do Código Civil de 1916 a criar um modelo de vinculação de filiação baseado no sistema de presunções.

Desse modo, a impossibilidade de confirmação da verdade biológica, foi substituída pelo critério jurídico – baseado nas aparências, nas presunções – objetivando, assim, conferir estabilidade e segurança jurídica para as entidades familiares resultantes do matrimônio.

O segundo capítulo, do título cinco do Código Civil de 1916, versava a respeito da “filiação legítima”. Nesse tópico, é possível constatar a implantação do sistema de presunções no tocante à filiação (em especial no teor do texto legal dos artigos 337 ao 340):

Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento, ainda que annullado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contrahiu de boa fé (art. 221). (Revogado pela Lei nº 8.560, de 1992)

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339).

II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Art. 339. A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias que trata o n. I do artigo antecedente, não pode, entretanto, ser contestada:

I. Se o marido, antes de casar, tinha ciência da gravidez da mulher.

II. Se assistiu, pessoalmente, ou por procurador, a lavrar-se o termo de nascimento do filho, sem contestar a paternidade.

Art. 340. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se:

I. que o marido se achava psicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros cento e vinte e um dias, ou mais, dos trezentos que houverem precedido ao nascimento do filho.

II. Que a esse tempo estavam os conjugues legalmente separados. (BRASIL, 1916).

A aplicação dos mecanismos de presunção, proporcionada pelo diploma civilista de 1916, gerou um laço entre os anseios sociais, a família patriarcal, o

matrimônio e o instituto da filiação (VENCELAU, 2004). Desta feita, mais do que a verdade biológica, o critério jurídico tornou-se o centro de determinação da filiação²⁶.

O aludido critério, durante boa parte do último século, foi o alicerce para a construção do vínculo de filiação. As presunções previstas no código civilista conferiam a resposta necessária para a manutenção do modelo familiar até então vigente. Ocorre que, com o passar das décadas e, diante de todos os fenômenos sociais ocorridos ao longo do século XX, o sistema de presunções passou a ser questionado, o que gerou desdobramentos nos textos legais publicados após o Código Civil de 1916²⁷, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a publicação do Código Civil de 2002.

Ponto comum, tanto na Carta Magna de 1988 como no diploma civilista de 2002, é o tratamento igualitário conferido à filiação, não sendo mais admitida a diferenciação entre filhos – sejam estes oriundos ou não de uma entidade matrimonial (até porque, a constituição de família passou a englobar outras modalidades, como a união estável e a família monoparental).

Assim, o pluralismo de entidades familiares, a igualdade conferida aos filhos e a transição do *pater poder* para o poder familiar acabaram por atingir e mitigar o emprego do sistema de presunções proposto na codificação civilista de 1916, conferindo uma nova visão para o instituto da filiação.

Ademais, além das transformações materializadas nos textos legais, outros fatores embasaram a redução da aplicabilidade do critério jurídico. Nesse sentido, destacam-se os resultados obtidos através dos avanços da tecnologia nas áreas da biologia e da medicina genética, que propiciaram a descoberta de procedimentos capazes de esclarecer as incertezas quanto à vinculação consanguínea (sendo o exame de DNA o maior expoente nesse sentido). Além da realidade biológica, surge, também, uma terceira via apoiada no vínculo afetivo entre as partes.

Não obstante todas as inovações apontadas ao longo do presente estudo, o Código Civil de 2002 não rompeu definitivamente com o teor do Código de 1916, permanecendo como herança parte do sistema de presunções na configuração da

²⁶ “A paternidade jurídica distancia-se da sua base biológica para atender outros interesses em defesa da própria família, colocados pelo legislador num plano superior ao do conhecimento da verdade biológica. Esse procedimento atendeu a uma determinada concepção de família que se espalhou nas codificações”. (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 53).

²⁷ A título exemplificativo, destacam-se as transformações iniciadas na Constituição Federal de 1937, no decreto-lei nº 4.737/1942, e nas Leis nº 883/1949, nº 6.515/1977, nº 7.250/1984 e nº 8.069/1990 (esta já influenciada pelo texto Constitucional de 1988), entre outros exemplos.

filiação, o que pode ser verificado por meio do conteúdo do artigo 1.597 do diploma civilista de 2002²⁸ (dispositivo normativo este que remete, em parte, ao artigo 338 do diploma de 1916):

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Os dois primeiros incisos versam sobre a presunção atrelada ao critério tempo. No inciso primeiro, a presunção de filiação é conferida para aqueles nascidos no prazo de, pelo menos, 180 (cento e oitenta dias) dias após o matrimônio. Por sua vez, no inciso segundo²⁹, o critério temporal de 300 dias (trezentos) está atrelado à dissolução da sociedade conjugal³⁰.

Nota-se que, por basear-se em limites temporais gestacionais (que não apresentam confiabilidade biológica em face de prazos), a vinculação jurídica não necessariamente irá coincidir com a verdade genética/consanguínea, pois o fator utilizado para conferir o vínculo de filiação no seio matrimonial, como salientado, foi o transcurso do lapso temporal³¹. Isso torna o emprego do sistema de presunções,

²⁸ “O critério jurídico se manifesta por meio das presunções de paternidade estabelecidas no art. 1.597 do CC que serão analisadas adiante. Em princípio, importa notar que tem cabimento o adágio *pater is est justae nuptiae demonstrant* que quer significar que é presumida a paternidade do marido em relação ao filho gerado pela mulher casada. É comum denominar a regra abreviando-a para presunção *pater is est*”. (QUEIROZ, Monica. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 1150).

²⁹ O artigo 1.598, do Código Civil de 2002, complementa o mencionado dispositivo:

“Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597”. (BRASIL, 2002).

³⁰ “Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;
 II - pela nulidade ou anulação do casamento;
 III - pela separação judicial;
 IV - pelo divórcio.

§ 1o O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente”. (BRASIL, 2002).

³¹ “Em razão da impossibilidade de fixar precisamente o tempo de duração da gestação do feto humano, buscou o legislador observação científica, antiga e usual para concluir que “a gestação do

associado à gestação da mulher, alvo de muitos questionamentos e críticas, uma vez que estes prazos, biologicamente, podem variar, suscitando insegurança à presunção de paternidade.

Além das duas primeiras hipóteses enfrentadas, o legislador, diante das evoluções promovidas por meio do uso das técnicas de reprodução assistida³², obtidas com o avanço da medicina genética e reprodutiva³³, inovou ao incluir tal temática no texto dos incisos III a V do artigo 1.597³⁴.

O inciso III versa a respeito da “fecundação artificial homóloga”. Nessa modalidade, o material genético utilizado é proveniente dos próprios cônjuges. Segundo Maria Berenice Dias, “[...] chama-se homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal” (DIAS, 2017, p. 422). Ainda, sobre o tema, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho destaca que se trata de fecundação homóloga “[...] à medida que o material genético utilizado no procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida” (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 10). Sobre o tema, Jussara Maria Leal de Meirelles explicita:

Duas observações ainda restam, contudo: a primeira diz respeito à presunção de paternidade em relação ao marido falecido, em hipóteses de reprodução assistida. Ressalta-se, de início, que, tendo sido utilizada pelo legislador a expressão “fecundação artificial homóloga”, é de se observar

feto humano não pode se consumir antes de cento e oitenta (180) dias da concepção, nem se prostrar além do décimo mês, trezentos (300) dias. Inciso I – O prazo de cento e oitenta dias (180) dias deve ser contado a partir do efetivo início da convivência entre os cônjuges. [...] Inciso II – a presunção da paternidade, para os filhos concebidos até trezentos dias após, a dissolução da sociedade conjugal. Decorrido o lapso temporal, desaparece a presunção do filho ter havido no matrimônio, e o registro de nascimento só poderá ocorrer após o reconhecimento da paternidade pelo pai, de forma voluntária, (artigo 1.609, CC), ou através da investigação de paternidade promovida pelo próprio filho, ou pelo Ministério Público, como substituto processual, nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.560/92”. (CRUZ, Maria Luiz Póvoa. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Código das Famílias Comentado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2010. p. 237).

³² Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil:

“105 – Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 105**. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>>).

³³ “A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida por cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar de um ou de ambos os cônjuges”. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 217).

³⁴ As técnicas de reprodução assistida, segundo Maria Berenice Dias, “[...] são utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldades ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 421-422).

abranger a mesma as hipóteses de inseminação artificial ou de fertilização *in vitro*.

Assim, o legislador do novo Código Civil, presumindo concebidos na constância do casamento os filhos havidos mediante a prática de inseminação artificial com sêmen do marido falecido ou de transferência de embrião mantido em laboratório. (MEIRELLES, 2002, p. 398-399).

Logo, estará presente, além de vinculação jurídica, um liame biológico entre pais e filhos, afinal, estes carregam o material genético daqueles. Sobre o tema, insta ressaltar as lições de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

Quanto à reprodução artificial homóloga, a unidade do critério jurídico de maternidade e paternidade é simplesmente de reforço. Afinal, como os materiais genéticos utilizados na concepção são dos pretensos pais, verifica-se, já, por isso, um elo biológico entre eles e a criança ao nascer. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 360).

Ademais, ainda no inciso III, é prevista a possibilidade da reprodução assistida *post mortem* (tema este que será devidamente aprofundado no quinto e sétimo capítulos), o que, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, ocorre:

[...] quando já falecido o marido-doador do sêmen. Naturalmente, para que a hipótese se torne viável faticamente, é preciso que o sêmen ou o próprio embrião tenham sido preservados criogenicamente e somente implantados no corpo da mulher após o óbito de seu esposo. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 577).

Ainda sobre a reprodução homóloga, o inciso IV, do art. 1.597, dispõe acerca dos embriões excedentários³⁵, que se referem àqueles que foram concebidos, porém, não implantados, ou seja, são os remanescentes (os que não foram utilizados na reprodução assistida). Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves informa que “o embrião é excedentário quando é fecundado fora do corpo e não é introduzido prontamente na mulher, sendo armazenado por técnicas especiais” (GONÇALVES, p. 325, 2012). Ainda sobre a definição de embriões excedentários,

³⁵ “Quanto ao inciso IV, dispõe sobre os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. O casamento gera a presunção de paternidade por inúmeras razões, já elencadas, que vão da coabitação à fidelidade da mulher. Em matéria de reprodução assistida, entretanto, pelas probabilidades que congrega, a questão temporal instituída pelos incisos I e II cai por terra, pois a criopreservação permite que o congelamento do embrião preserve suas características biogenéticas para implantação em qualquer prazo”. (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 485).

pode-se afirmar que são aqueles “[...] resultantes de manipulação genética, mas não introduzidos no ventre da mãe, permanecendo em armazenamento próprio de entidades especializadas” (LOBO, 2002, apud PEREIRA, 2007, p. 319).

Por fim, o inciso V versa sobre a “fecundação heteróloga”. Trata-se do uso das técnicas de reprodução assistida, no qual o material genético utilizado não é o do pai, mas de terceiro³⁶ (doador)³⁷. Desde que haja a devida autorização³⁸ do marido, este será, via presunção jurídica, reconhecido como pai³⁹. Nesse sentido, Renata Malta Vilas-Bôas expõe:

A denominação Heteróloga ocorre quando se utiliza o esperma de um doador fértil. Assim temos que a concepção ocorre mediante o material genético de outrem. Caso a mulher seja casada, o marido então será considerado o pai, por presunção legal, caso tenha consentido na realização da inseminação. (VILAS-BÔAS, 2011).

³⁶ Conforme enunciado 111 da I Jornada de Direito Civil, é assegurado ao doador o anonimato/sigilo, não sendo constituído com ele vínculo de parentesco:

“Enunciado 111 – Art. 1.626: A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante”. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 111**. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>>).

³⁷ Sobre o anonimato do doador, destaca-se o item IV, 1 e 2, da Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina:

“IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

³⁸ O consentimento livre e esclarecido será elemento obrigatório a ser observado, conforme item I, 4, da Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina:

“4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

³⁹ “Na procriação assistida heteróloga, tem-se a participação de terceiro(s), sempre a título gratuito (Resolução nº 1.358/92, CFM, item IV, 1). O médico trabalhará com sêmen (e/ou óvulo) de terceira pessoa, realizando a fecundação em laboratório para, em seguida, implantar o embrião no corpo da mulher. Por isso, exige-se autorização expressa do marido ou companheiro, de modo a viabilizar a procriação assistida na forma heteróloga. Essa autorização tem de ser expressa e escrita. Assim, a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro, é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 6 - Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 573).

Nota-se que, no presente caso, o real exercício do vínculo paterno-filial vai estar atrelado não apenas ao critério jurídico, como também à construção da socioafetividade, pois somente em razão da aplicação desta restará, verdadeiramente, configurada a função de pai. Sobre o tema, são valiosas as lições de Juliane Fernandes Queiroz:

Se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídico, biológico e socioafetivo, na inseminação heteróloga não haverá convergência entre eles. Nessas situações, o marido é o pai jurídico, mas não o pai biológico, e só será pai socioafetivo se assumir a criação da criança com verdadeiro sentimento (QUEIROZ, 2001, p. 81).

2.2.2 Critério biológico

Enquanto a verdade jurídica (baseada em um sistema de presunções) prevaleceu ao longo do século passado como meio preponderante na configuração da filiação (apresentando, inclusive, resquícios na atual codificação civilista), avanços e inovações na esfera da biologia e da medicina genética eram conquistados a cada década, propiciando, cada vez mais, uma aproximação da verdade biológica com pais, mães e filhos. Os novos conhecimentos acerca da ciência da hereditariedade – da ciência dos genes – lançaram luz a uma realidade, até então, encoberta pela névoa do desconhecimento, da incerteza (face às limitações técnicas existentes até o momento). Sobre o tema, insta ressaltar os ensinamentos de Adalgisa Wiedemann Chaves que aduz o seguinte: “com o avanço das técnicas periciais, especialmente a difusão dos exames de DNA, tem-se hoje a possibilidade de se realizar um exame pericial que permite um juízo de certeza quanto a paternidade [...]” (CHAVES, 2004, p. 15).

A verdade biológica abriu as cortinas para um novo universo, composto por múltiplas possibilidades, no qual as ligações humanas seriam, a partir de então, cravejadas de certeza e confiabilidade (rompendo, portanto, com a vinculação baseada, exclusivamente, no sistema de presunções até o momento vigente e aplicado às entidades matrimoniais)⁴⁰. Essa nova visão acerca da filiação foi destacada por Maria Christina de Almeida:

⁴⁰ “A genética, na contemporaneidade, tem tentado responder o que é um pai, diga-se pai biológico. Essa possibilidade acrescida do direito de o filho ter acesso à sua verdadeira paternidade, garantido pela Constituição de 1988 e regulamentado nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem também dado mostrar do declínio do poder paterno nos tribunais, desta vez em

O segundo vértice é relacionado ao significativo avanço científico da engenharia genética para a descoberta da verdade biológica da paternidade. Com ele, o sistema legal de presunção de paternidade, nas hipóteses de filiação aparentemente oriunda de um casamento, esvazia-se diante da verdade genética, que ganha corpo a partir da descoberta do exame de DNA (diz-se impressões digitais de sangue, dada a precisão e o caráter personalíssimo deste exame). Também, nos casos de filiação fora do matrimônio, em que não há presunção de paternidade, mas há a presunção *excpetio plurium concubentium*, que tem em mira a conduta da mulher, a prova científica fez esta arma perder força, já que, muito embora possa ter havido pluralidade de parceiros, o exame de DNA poderá dizer que, efetivamente, aquele apontado como suposto pai é, cientificamente, o genitor da criança (ALMEIDA, 2002, p. 455).

O critério biológico pode ser compreendido, portanto, como a ligação genética e consanguínea existente entre os genitores e sua prole. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “através do critério científico determina-se a filiação com base na carga genética do indivíduo, ou seja, a paternidade ou maternidade é definida com esteio no vínculo biológico existente [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 589). Para Juliana Fernandes Queiroz, “a paternidade biológica é a relação de filiação entre o pai e o filho, estabelecida pela consanguinidade” (QUEIROZ, 2001, p. 46). Conforme lições de Dimas Messias de Carvalho, “a parentalidade biológica envolve a consanguinidade, a vinculação genética entre os parentes” (CARVALHO, 2015, p. 527). E continua o autor:

É a primeira que surge em virtude da união do gameta masculino e feminino e jamais poderá ser modificada, pois o novo parente trará em seu código genético a marca de sua origem, identificando a parentalidade biológica pela metade dos genes herdados da mãe e a metade herdada do pai, formando um código genético único que sempre o identificará. (CARVALHO, 2015, p. 527).

A respeito do avanço do conhecimento na esfera da biologia e da genética, é importante destacar as principais técnicas e sistemas disponíveis acerca da existência biológica de filiação, sendo eles: o sistema ABO; o sistema Rh; o sistema HLA; e o sistema DNA.

Em 1900, Karl Landstenier identificou os grupos sanguíneos (A, B, e O). E, a partir dessa descoberta, criou o sistema ABO, baseado no tipo sanguíneo de cada pessoa – A, B, AB e O (SILVA, 2007). Verifica-se que, através do presente sistema,

não é possível confirmar a vinculação de filiação, porém ela pode ser efetivamente excluída. Isso porque, segundo Sandra Maria da Silva, por intermédio do sistema ABO “[...] se podia apurar a exclusão de uma paternidade, já que, por exemplo, uma criança de sangue tipo A, B ou AB jamais poderia ser filha de duas pessoas tipo O” (SILVA, 2007, p. 106).

O sistema Rh, descoberto em 1940 pelos cientistas Landsteiner e Wiener, passou a ser utilizado em complemento ao sistema ABO. Trata-se de um complexo formado por três caracteres – C, D e E (VENCELAU, 2004), que, assim como o sistema ABO, também é incapaz de confirmar a vinculação paterno/materno-filial, ensejando, tão somente, a sua exclusão⁴¹.

O Sistema do Antígeno Leucocitário Humano – HLA – que inicialmente era usado para verificar a histocompatibilidade em transplantes, desde o ano de 1972 passou a ser empregado na verificação da verdade biológica (SILVA, 2007). E mais, em conjunto aos demais métodos, o sistema HLA elevou o grau de precisão e credibilidade tanto na exclusão do vínculo de filiação, como também na sua determinação. Segundo Rose Melo Vencelau:

Este sistema foi construído a partir da demonstração e identificação dos antígenos encontrados na célula branca no sangue (leucócito), usado especialmente para se verificar a compatibilidade em caso de transplantes. Isto acontece porque o organismo produz anticorpos contra todos os antígenos que não lhe são próprios. E todas as pessoas possuem antígenos próprios que podem ser reconhecidos e identificados. Esse antígeno é transmitido hereditariamente, por meio dos genes, razão pela qual o sistema HLA é eficaz como prova genética da paternidade. (VENCELAU, 2004, p. 79).

O sistema HLA, associado aos demais sistemas mostrou ser um novo caminho no instituto da filiação. Após um longo período com o predomínio do critério jurídico (assentado em um sistema de presunções, criado pelo legislador do Código

⁴¹ A respeito do sistema Rh, Rose Melo Vencelau dispõe que: “O mecanismo empregado segue o mesmo sistema ABO. Uma pessoa poderá herdar dos pais os seguintes fatores: + +, - -, + -. Se ambos os pais detém o fator positivo homozigótico (+ +), necessariamente o filho terá fator positivo. Se ambos os pais detém fator negativo (- -), obrigatoriamente o filho terá fator negativo. Se um dos pais detém fator positivo homozigótico (+ +) e o outro negativo (- -), o filho terá fator Rh positivo heterozigótico (+ -). Se um dos pais possui fator positivo homozigótico (+ +) e o outro heterozigoto (+ -), o filho terá fator Rh positivo homozigoto (+ +) ou heterozigoto (+ -). E, se ambos os pais detém fator positivo heterozigoto (+ -), o filho poderá ter fator positivo homozigoto (+ +) ou heterozigoto (- -) Também aqui apenas se poderia detectar a exclusão da paternidade”. (VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 78-79).

Civil de 1916), a verdade biológica se apresenta como um horizonte próximo, compreensível e possível.

Nessa seara de descobertas e avanços na biologia e na medicina genética, surge o sistema que, efetivamente, foi um marco na investigação do vínculo de filiação. Trata-se do sistema de DNA (ácido desoxirribonucleico - ADN), cujo emprego, como evidência legal, ocorreu somente nos meados dos anos 80 (VENCELAU, 2004). O DNA é conceituado como “a molécula que codifica os genes responsáveis pela estrutura e função dos organismos vivos, e permite a transmissão de informações genéticas de geração a geração” (THOMPSON E THOMPSON, 1993, p. 295).

Ainda a respeito do DNA, insta apresentar os ensinamentos proferidos por José Acácio Arruda e Kleber Simônio Parreira:

O corpo humano tem mais ou menos 100 trilhões de células, cada qual tendo em seu interior um núcleo. No núcleo das células estão contidos os cromossomos humanos, que são em número de 46, sendo 23 provenientes da mãe e 23 do pai. Nos cromossomos estão os genes, responsáveis pelas instruções da formação morfológica e fisiológica de um ser. Em cada um desses cromossomos existem, aproximadamente, 100 mil genes. Os genes são feitos de ácido desoxirribonucleico (ADN), no formato de um polímero, isto é, uma longa fileira de unidades básicas. Essas unidades são chamadas de nucleotídios ou bases nucleotídicas, e são de quatro tipos: *adenina (A)*, *timina (T)*, *citocina (C)* e *guanina (G)*. Esses nucleotídios formam filamentos e a molécula do ADN é constituída de duas fitas paralelas presas uma a outra, formando uma espécie de zíper curvado em espiral, cuja figura é mais conhecida como *dupla-hélice*. Nessas fitas moleculares unidas, a *adenina* sempre se prende com a *timina*, e a *citocina* sempre se emparelha com a *guanina*. Como uma palavra escrita, em que a ordem das letras forma a palavra, na molécula do ADN a ordem desses quatro elementos determina a informação genética.

A maior parte do ADN do corpo humano é igual para todas as pessoas. Mas uma parte é suficientemente diversificada a ponto de não existirem duas pessoas com uma combinação exatamente igual. Sobre essa parte diversificada é que são realizados os exames para a identificação humana pelo ADN. (ARRUDA; PARREIRA, 2000, p. 27-28).

Desse modo, o exame de DNA passa a conferir, na esfera jurídica, a certeza que até então não havia sido plenamente alcançada. A precisão do exame é extremamente acentuada, pois o resultado de exclusão de filiação atinge a incrível marca de 100% de exatidão, enquanto o resultado da confirmação do vínculo de filiação aproxima-se de 99,99% (SILVA, 2007).

A respeito da confiabilidade do exame de DNA, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues esclarecem:

O DNA possibilitou a verificação da similitude genética, de modo a se averiguar se existe ou não vinculação consanguínea. Ele representa um avanço substancial em relação aos demais métodos hoje existentes, razão pela qual provocou uma grande revolução no direito parental. O que antes era provável, hoje, é praticamente certo, pois a falibilidade do exame é mínima: quando o resultado for negativo, a certeza é de 99,9% e, quando for positivo, a certeza é de 99%; a probabilidade de erro reside tão somente na falha humana. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 172).

A biologia, agora eivada de confirmações técnicas, alterou a estrutura vigente reduzindo a preponderância da aplicabilidade do critério jurídico, sem, no entanto, extirpá-lo (vide a sua presença no ordenamento jurídico atual), e gerando, no Brasil, uma verdadeira busca incessante pela determinação dos vínculos de filiação através do resultado do exame de DNA.

Ocorre que, apesar do fascínio que o exame de DNA proporcionou à sociedade e à esfera jurídica, sua aplicação, que é extremamente preciosa, não pode ser absoluta. Isso porque a vinculação consanguínea e genética, por si só, não irá, necessariamente, configurar a real relação entre pais e filhos, assim como não conseguirá apresentar todas as devidas respostas face aos novos contornos das entidades familiares após Constituição Federal de 1988. Justamente, nesse ponto, surge uma terceira via, a ligação socioafetiva. Sobre o tema⁴², vale ressaltar os dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal:

O exame de DNA é – e continuará a ser – de grande valia para a determinação de filiação, mas não pode ser divinizado, pois outros fatores são igualmente relevantes na determinação da condição de filho. Por certo, o exame de DNA permanecerá a serviço do estabelecimento do estado de parentesco, mas se vocacionará, também, para prestar novos serviços à humanidade, através das pesquisas para o tratamento e prevenção de doenças genéticas.

A determinação biológica da filiação não pode ser vista e admitida de maneira simplista, como se não existissem outras indagações na determinação do parentesco. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 589).

⁴² Nesse diapasão, destaca-se: “Além de questionável pela incapacidade de promover a proximidade dos sujeitos relacionados, embora considerado essencial, o requisito meramente biológico do estabelecimento de filiação mostra-se realmente precário para apreender essas novas ocorrências sociais, derivadas do avanço médico. Não vingam mais equivalências entre o sujeito que contribui com o material genético e o que se dispõe a criar o novo ser. Logo, parece certo que o critério, novamente há de ser revisto”. (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, WALDIR EDSON. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012. 353).

2.2.3 Critério socioafetivo

A verdade no reconhecimento da filiação era, essencialmente, jurídica, o que permitia aplacar os anseios da estabilidade da entidade familiar matrimonial, patrimonializada e hierárquica. A solução, em virtude da ausência de conhecimentos específicos na área da biologia, apontou para um sistema de presunções, no qual o vínculo paterno, em diversas situações, se mostrava, tão somente, como uma realidade ficcional.

A biologia, a genética e a medicina desenvolveram-se de modo incessante desde o último século. Inovações, descobertas e soluções foram produzidas em larga escala. Ao voltar o olhar para os últimos cem anos, constata-se a assombrosa e sublime evolução das técnicas, dos procedimentos e dos conhecimentos adquiridos pela comunidade médica, genética e da biologia. O estudo acerca do ser humano atingiu elevados níveis de detalhamento. Com isso, o critério biológico, na determinação da filiação, surgiu como um brilho intenso, clareando um universo obscuro, lastreado por profundas incertezas.

Essa nova dinâmica alterou as bases do instituto da filiação, pois especialmente o exame de DNA ensejou a obtenção de respostas até então inexistentes, modificando a estruturação vigente. As soluções apontadas pelos resultados dos exames científicos acarretaram a redução da aplicação do critério jurídico. Afinal, se este último estava baseado na ausência técnica de confirmação do vínculo paterno-materno-filial, a resposta, após revolução na esfera da biologia e da genética, ocasionou um movimento de busca pela solução especializada. Assim, a biologia, como liame de vinculação de filiação, assumiu um papel de protagonismo.

Passam a coexistir, no ordenamento jurídico brasileiro, a vinculação jurídica e a biológica. Cada uma atrelada as suas funções e dinâmicas próprias. Contudo, estas não se mostraram suficientes para solucionar todas as questões envolvendo a filiação⁴³. Nota-se que o vínculo entre pais e filhos, mesmo possuindo sua origem

⁴³ “O direito de Família passa a atribuir particular importância (não à afetividade como declaração subjetiva de vontade ou obscura reserva mental de sentimentos não demonstrados), mas à percepção do sentimento do afeto na vida familiar e na alteridade estabelecida no seio da vida comunitária. Realidade e percepção da realidade se tornam, para o Direito de Família, indispensáveis para a superação de paradigmas formalistas e patrimonialistas”. (TEPEDINO, Gustavo. In: REVISTA **IBDFAM: Família e Sucessões**. v.14 (mar./abr.). Belo Horizonte: IBDFAM. 2016. Bimestral. p. 14).

em um desses dois critérios, não apresentava, necessariamente, na esfera prática, social e relacional, um elemento essencial, qual seja, o afeto.

Surge, então, uma nova via, baseada na vinculação socioafetiva⁴⁴. O afeto se apresenta como elemento capaz de gerar a real vinculação entre pais e filhos, propiciando uma relação baseada no cuidado, no carinho, na real participação⁴⁵ em cada etapa do desenvolvimento da prole (em todas as suas nuances), dentre várias outras situações. Passa-se a compreender que, muito além de vinculações atreladas à presunção ou à origem genética, a afetividade confere, na prática, o exercício da função paterna e materna.

Nesse sentido, destacam-se as lições de João Baptista Villela:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Tanto mais quanto é certo que esse movimento evolutivo, transportando a família de uma idade institucionalista para uma idade eudemonista, ocorre em período de extraordinária floração da tecnologia biomédica (VILLELA, 1979, p. 412).

A respeito da verdade socioafetiva, Gustavo Tepedino apresenta importantes considerações:

A prioridade alcançada, no âmbito do direito de família, pelo valor *substancial* dos *sentimentos* em detrimento das *formalidades* dos *vínculos*, constitui conquista extraordinária, que enaltece a importância do afeto, tornando muito mais *humanas* e *pulsantes* as relações jurídicas de família. (TEPEDINO, 2016. p. 11).

⁴⁴ "O que se pergunta agora é se o recurso à genética não resultou numa supervalorização do laço biológico, porque as relações entre pais e filhos não se esgotam nem se explicam através da mera consideração física da hereditariedade sanguínea, elas são algo mais, verificam-se no dia-a-dia onde estão presentes alegrias e tristezas, companheirismo, amizade, confiança, cumplicidade, e amor; estes são verificados pelos laços afetivos, que, por mais avançada que se torne a determinação científica da filiação biológica, jamais poderá medir a intensidade de um amor verdadeiro entre pais e filhos". (NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: memória Jurídica Editora, 2001. p. 82).

⁴⁵ Segundo Suzi D' ANGELO e Élcio D' ANGELO: "Para a psicanálise, a FUNÇÃO PATERNA guarda um importante conteúdo, qual seja, o de instituir a noção de LEI no indivíduo. Assim, é o pai, ou aquele que assume seu papel, que irá incutir na criança a ideia do limite, daquilo que é certo ou errado, do que deve ou não deve ser feito. É através da figura do pai que se introjeta a lei psicanalítica (que se resume na proibição do incesto) e, conseqüentemente, a lei jurídica". (D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Élcio. **Teoria e Prática - Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Anhanguera Editora. 2012, p.254).

Ainda sobre a vinculação socioafetiva, é imperioso destacar as argumentações propostas por Suzi D`Angelo e Élcio D`Angelo:

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho. Todas essas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família. Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. (DIAS apud D'ANGELO; D'ANGELO, 2012, p. 259).

O instituto da filiação, portanto, passa a ser reconhecido por meio da verdade afetiva entre seus membros. Trata-se de um desejo, de um querer arrebatador de cuidar e conviver diariamente com seus filhos. Visa ao verdadeiro exercício da função paterna e materna (o que não é garantido, tão somente, em razão do liame genético, ou mesmo em razão de presunções legais). Sobre o tema, vale realçar as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à promulgação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma "paternidade responsável" e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. (GONÇALVES, 2012, p. 33-34).

A socioafetividade apoia-se na posse do estado de filho⁴⁶, caracterizada pelos requisitos do tratamento, do nome e da fama, que evidenciam, ainda que de modo não absoluto, os indícios de uma verdadeira relação existente entre pais e filhos, baseada no afeto, no carinho, nos cuidados, entre vários outros componentes marcantes dessa relação (NOGUEIRA, 2001).

⁴⁶ Sobre a posse do estado de filho, é importante analisar as ponderações apontadas por Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior: "Para além da posse de estado, porém entende-se que a filiação socioafetiva requer um outro pressuposto principal: a unívoca intenção daquele que age como genitor(a) fosse de se ver juridicamente instituído pai ou mãe. Assim, porque nem todo aquele que trata alguém como se filho fosse que torná-lo juridicamente seu filho. Afinal, a constituição da qualidade de pai ou mãe enseja, dentre outros efeitos, uma série de deveres jurídicos que, se não cumpridos espontaneamente, com portam, até mesmo, execução compulsória. Logo, é preciso ter cautela no estabelecimento deste parentesco socioafetivo, sob pena - de uma vez desmerecida a real vontade do presente ascendente - lhe suprimir a essência, qual seja, sua edificação espontânea e pura". (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, WALSIR EDSON. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012.p. 365).

Insta salientar que, em diversas hipóteses, os vínculos determinantes de filiação serão coincidentes; nesses casos, os critérios jurídico, biológico e socioafetivos vão convergir em uma mesma direção, sendo, portanto, complementares. Contudo, existindo conflito em sua aplicação, a afetividade acaba assumindo um papel central⁴⁷ na tomada de decisões do Poder Judiciário⁴⁸, por

⁴⁷ Maria Berenice Dias, em sua argumentação, chega a afirmar que a socioafetividade configura-se como base central na garantia da estabilidade das famílias contemporâneas: “A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam...”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2015. p. 406).

⁴⁸ A aceitação da verdade socioafetiva pode ser confirmada através do acórdão de Repercussão Geral, Tema 622, Recurso Extraordinário 898.060, proferido do Supremo Tribunal Federal (decisão esta que contribuiu, inclusive, com a aplicação do instituto da multiparentalidade): “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO-POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ-CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB).VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. 226, § 7º, CRFB). RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO A CASOS SEMELHANTES. 1. O prequestionamento revela-se autorizado quando as instâncias inferiores abordam a matéria jurídica RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060 SÃO PAULO RELATOR : MIN. LUIZ FUX RECTE.(S) :A. N. ADV.(A/S) :RODRIGO FERNANDES PEREIRA RECD.(A/S) :F. G. 2 invocada no Recurso Extraordinário na fundamentação do julgado recorrido, tanto mais que a Súmula n. 279 desta Egrégia Corte indica que o apelo extremo deve ser apreciado à luz das assertivas fáticas estabelecidas na origem. 2. A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos a priori pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). 5. A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do

conseguir, dentro de uma visão contemporânea do Direito de Família, atingir as aspirações inerentes às funções paternas e maternas⁴⁹. Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues:

sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, 3 autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº. 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou 4 (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (nominatio), fosse tratado como filho pelo pai (tractatio) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (reputatio). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º). 16. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”. (BRASIL, 2016).

⁴⁹ Nesse sentido, destaca-se o Enunciado 06 do IBDAFM: “Enunciado 06 - Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental”. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Enunciado nº 6**. 2002. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>).

[...] o pai ou mãe socioafetivos são, na verdade, verdadeiros pais funcionais, ou seja, não é o laço consanguíneo que faz surgir a relação parental, mas sim o exercício efetivo das funções parentais que os revelam para os filhos com seus referenciais paternos. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 180).

Essa terceira via, proporcionada pela verdade socioafetiva, propicia ao Direito, após Constituição Federal de 1988, uma nova visão para o instituto da filiação, baseada, especialmente, no afeto e no real exercício da função paterna e materna.

Assim como a vinculação jurídica e a biológica, a socioafetividade apresenta-se como mais uma opção de caminho na incessante busca por soluções relacionadas aos debates envolvendo o reconhecimento e a determinação da filiação⁵⁰. Nesse cenário, vale ressaltar que um critério não é prevalente face aos demais, logo, não há uma única verdade absoluta⁵¹. Somente através da análise do caso concreto, envolta pelo espírito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que se faz possível encontrar, no caso prático, a solução adequada à demanda^{52 53}.

⁵⁰ Conforme pontua Rosana Fachin: “Sobressai a importância da engenharia genética no auxílio das investigações de paternidade; sem embargo dessa importante contribuição, é preciso equilibrar a verdade socioafetiva com a verdade de sangue. O filho é mais que um descendente genético e se revela numa posição construída no afeto cotidiano. Em determinados casos, a verdade biológica cede espaço à ‘verdade do coração’. Na construção da nova família deve-se procurar equilibrar essas duas vertentes, a relação biológica e a relação socioafetiva”. (FACHIN, Rosana. In: DIAS, Maria Berenice; CUNHA, Rodrigo Pereira da. **Direito de Família e o no Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2001, p. 120).

⁵¹ “Por fim, conclui-se que em matéria de filiação o elo perdido está no melhor interesse do filho, por analogia ao princípio do melhor interesse da criança. O seu conteúdo se encontra no art. 227, *caput*, da Constituição Federal... Assim, por se tratar de status de filiação o interesse do filho ganha relevo, uma vez que também por meio desse status a pessoa busca o melhor desenvolvimento de sua personalidade e afetividade”. (VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, p. 239).

⁵² A resposta a esse conflito não precisa se restringir, inclusive, na escolha de uma única verdade em detrimento das demais; o instituto da multiparentalidade, quando aplicável, enseja a aglutinação de vinculações baseadas em critérios distintos. Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Flávio Tartuce: “Atente-se que parte da doutrina e da jurisprudência nacionais entende ser possível o reconhecimento da multiparentalidade, o que conta com o apoio deste articulista. O que se tem visto na jurisprudência até aqui é uma escolha de Sofia, entre o vínculo biológico e o socioafetivo, o que não pode prosperar em muitas situações fáticas. Como interroga a doutrina consultada, por que não seria possível ter a pessoa dois pais ou duas mães no registro civil, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios?”. (TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família. Breves Considerações**. Revista Consulex: 2012. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/7> >).

⁵³ Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, dependendo do caso concreto, é possível a aplicação da multiparentalidade, o que pode ser verificado no seguinte trecho: “A conclusão é que o indivíduo pode ter dois pais, explicitando uma situação de pluriparentalidade (com isso o filho terá direitos decorrentes de ambos os vínculos, ou seja, com o pai biológico e com o socioafetivo, inclusive no campo sucessório)”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2017. p. 1.669).

Como pode ser analisado através do presente capítulo, o instituto da filiação perpassou por importantes transformações ao longo da história, notadamente, no Brasil, desde a entrada em vigência do Código Civil de 1916.

No cenário atual a filiação pode decorrer da vinculação jurídica, biológica e socioafetiva. Em razão dos avanços obtidos na seara da biologia e da medicina reprodutiva, as possibilidades de geração de um filho ampliaram de modo extraordinário e surpreendente.

Hoje, um filho pode ser gerado por técnicas de reprodução humana assistida, mesmo após a morte dos genitores – o que é denominado de reprodução assistida *post mortem* – por intermédio de procedimentos que utilizam embriões ou gametas criopreservados.

Nesse novo contexto, torna-se essencial compreender os reflexos da reprodução assistida *post mortem* no tocante a legitimidade dos filhos gerados por tais técnicas, bem como os reflexos relativos à esfera sucessória (tema esse que será objeto de análise nos próximos capítulos – terceiro e quarto – da presente tese).

3 DIREITO SUCESSÓRIO

Uma antiga e conhecida “máxima” anuncia que a morte é a única certeza que o ser humano possui ao longo da sua vida. A morte seria o ponto final de uma vida que teve o seu início muito antes da concepção, a partir do desejo de pais e mães de possuírem um filho. O caminho entre o início e o fim da vida será construído passo a passo pela pessoa, por meio de suas escolhas, conquistas, sensações, experiências e em razão de seus aprendizados.

A morte, não obstante venha a encerrar a vida do ser humano, não irá conseguir apagar as trilhas traçadas ao longo da existência de cada ser. Os exemplos, as lições, as marcas (boas ou ruins) permanecerão por tempo indeterminado. Enquanto uma única pessoa guardar lembranças do ente falecido, permanecerá viva a memória deste.

Sobre a compreensão do tema e seus reflexos na sociedade, vale destacar o seguinte trecho da reportagem realizada na revista Super Interessante, acerca do comportamento e da interpretação social perante a morte ao longo da história:

A morte pode ser vista como um mistério incompreensível. Ou como um absurdo inaceitável. A morte pode até ser tratada como um tabu, assunto do qual a maioria das pessoas não gosta de falar. Mas, seja como for, aceitemos isso ou não, a morte é um fato, uma realidade inexorável. E que vem para todos nós. Por mais que queiramos nos esconder dela, deixar de existir é uma coisa tão natural quanto existir. Na verdade, a morte é provavelmente a única coisa certa na sua existência ou na minha – e também na de nossos pais, nossos filhos, nossos ídolos e inimigos, de todas as pessoas que amamos e mesmo daquelas que jamais chegaremos a conhecer: é certo que todos nós vamos morrer um dia. (SUPER INTERESSANTE, 2016).

Ainda que seja um tema pouco debatido coletivamente, seja em função de medos, superstições, crendices, ou pelo simples fato do ser humano buscar evitar admitir, a todo custo a perenidade da sua própria vida e de todos aqueles que estão ao seu redor, a morte, cedo ou tarde, direta ou indiretamente, vai adentrar na pauta de todos. Como cada um vai reagir e quais serão os sentimentos experimentados são questionamentos que não possuem uma única resposta, afinal, tais sensações são únicas e particularizadas para cada pessoa⁵⁴.

⁵⁴ A respeito das sensações originadas a partir da morte, a música “Vento no litoral”, da banda Legião Urbana, abraça a realidade gerada por ela, assim como os reflexos em seu enfrentamento pelo ser humano:

Coube ao Direito Civil⁵⁵ acompanhar cada passo do ser, desde o início da sua existência (na realidade, considerando às avançadas técnicas de reprodução assistida, o direito irá atuar mesmo antes da concepção), até os efeitos jurídicos decorrentes da morte.

A morte, como uma das etapas da vida, será, portanto, objeto de apreciação pelo Direito⁵⁶, notadamente através do Direito das Sucessões⁵⁷. Sobre essa seara é essencial apresentar as lições de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira:

“De tarde eu quero descansar, chegar até a praia e ver
 Se o vento ainda está forte
 E vai ser bom subir nas pedras
 Sei que faço isso pra esquecer
 Eu deixo a onda me acertar
 E o vento vai levando tudo embora
 Agora está tão longe
 Vê, a linha do horizonte me distrai
 Dos nossos planos é que tenho mais saudade
 Quando olhávamos juntos na mesma direção
 Aonde está você agora
 Além de aqui dentro de mim?
 Agimos certo sem querer
 Foi só o tempo que errou
 Vai ser difícil eu sem você
 Porque você está comigo o tempo todo
 E quando vejo o mar
 Existe algo que diz
 Que a vida continua e se entregar é uma bobagem
 Já que você não está aqui
 O que posso fazer é cuidar de mim
 Quero ser feliz ao menos
 Lembra que o plano era ficarmos bem?
 Ei, olha só o que eu achei, cavalos-marinhos
 Sei que faço isso pra esquecer
 Eu deixo a onda me acertar
 E o vento vai levando tudo embora” (MANFREDINI JÚNIOR, Renato. VILLA-LOBOS, Eduardo Dutra. **Vento no litoral**. 1991. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/vento-no-litoral.html>).

⁵⁵ “[...] O final da vida, na civilização ocidental, traz em si um elemento angustiante, que é profundamente tratado pela filosofia, observado pela sociologia, analisado pela psicologia, compreendido pela antropologia e regulado pelo direito”. (FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito das sucessões**. Caxias do Sul: Educs, 2020. p. 11).

⁵⁶ “Suceder significa ocupar a posição jurídica de pessoa antecedente. A sucessão poderá ocorrer por ato *inter vivos* (p. ex.: quando ocorre uma sucessão de crédito, uma assunção de dívida, um contrato de compra e venda) ou *causa mortis*, exatamente em virtude do falecimento de uma pessoa. Evidentemente, a esfera do direito sucessório se ocupa de disciplinar as regras e princípios que irão reger essa sucessão, sendo, pois, a sucessão hereditária considerada forma derivada de aquisição de propriedade, já que o sucessor passa a ocupar o lugar do falecido dentro da mesma perspectiva deste último”. (QUEIROZ, Mônica. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2019. p. 1231).

⁵⁷ “No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 19-20).

A palavra – sucessão – na sua acepção jurídica, tem dois sentidos: *lato* e *restrito*.

No sentido *lato* – aplica-se a todos os modos derivados de adquirir a propriedade; é a sucessão *inter vivos*; assim, o comprador *sucede* ao vendedor, do mesmo modo que o donatário ao doador, tomando uns o lugar dos outros relativamente à coisa vendida ou doada.

No sentido – *restrito* – implica uma idéia de morte, significando um dos modos de adquirir direito e de transmitir, total ou parcialmente, a herança às pessoas a quem é devolvida; é a sucessão *causa-mortis*.

Neste sentido próprio e técnico, a sucessão é a transmissão do patrimônio de alguém, que morre, a uma ou a mais pessoas. (OLIVEIRA, 1954, p. 19).

Sobre o tema, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ensinam:

O direito das Sucessões, como ramo do direito civil objeto de estudo nesse volume, trata exclusivamente da sucessão decorrente do falecimento da pessoa. Emprega-se o vocábulo sucessão em sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 22).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, destacam-se as lições de Sílvio de Salvo Venosa, segundo as quais:

No direito, costuma-se fazer uma grande linha divisória entre duas formas de sucessão: a que deriva de um ato entre vivos, como um contrato, por exemplo, e a que deriva ou tem como causa a morte (*causa mortis*), quando os direitos e obrigações da pessoa que morre transferem-se para seus herdeiros e legatários.

Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido *lato* da palavra *sucessão*, que se aplica à sucessão entre vivos. (VENOSA, 2014, p.1).

A sucessão *causa mortis* inicia-se no exato momento do falecimento de determinada pessoa (também denominada de autor da herança, *de cujus*, antecessor, morto, finado, dentre outras terminologias), ocorrendo, portanto, a abertura da sucessão. E, aberta a sucessão, conforme disposto no artigo 1.784⁵⁸ do Código Civil, ocorre a transmissão imediata e automática da herança – *Droit de*

⁵⁸ “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (BRASIL, 2002).

*Saisine*⁵⁹ – aos herdeiros (igualmente nomeados como sucessores), a despeito de sua manifestação inicial.

Insta ressaltar que a transmissão da herança, tão logo ocorra a abertura da sucessão, engloba direitos e obrigações, ativos e passivos, créditos e débitos⁶⁰. Entretanto, não é realizada a individualização dos bens, o que ocorrerá somente quando da partilha⁶¹. Desse modo, nos moldes do artigo 1.791⁶² da codificação civilista, a herança será transmitida como um todo unitário e indivisível.

Conquanto ao momento da abertura da sucessão haja a efetivação da *saisine*, o herdeiro, em momento posterior, como expressão do exercício de sua autonomia e liberdade, deverá se pronunciar sobre a herança, aceitando-a (confirmado, portanto, o seu direito hereditário) – podendo ser esta aceitação expressa, tácita ou presumida⁶³ –, ou, por outro lado, renunciando a ela de modo exposto (por instrumento público ou termo judicial)⁶⁴, e refutando, portanto, a sua

⁵⁹ Coadunando com as explicações tecidas acerca da transmissão da sucessão, Cláudia Nogueira assim expõe: “Com o falecimento, imediatamente o domínio e a posse são transmitidos aos herdeiros existentes e a Constituição da República assegura o direito adquirido e o direito à herança, ambos em seu artigo 5º, protegido como cláusula pétrea”. (NOGUEIRA, Cláudia. **O Direito Sucessório do Não Concebido ao Tempo do Óbito e algumas inovações na Sucessão Testamentária**. Anais do EMERJ Debate o Novo Código Civil, 2003. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_207.pdf>).

⁶⁰ O artigo 1.792 do Código Civil de 2002 é exposto ao dispor que as obrigações e encargos eventualmente deixados pelo autor da herança limitam-se às forças da própria herança:

“Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”. (BRASIL, 2002).

⁶¹ Sobre o tema, Leonardo Estevam de Assis Zanini tece importante distinção entre o momento da abertura da sucessão e da abertura do inventário: “Não se confunde a abertura da sucessão com a abertura do inventário. São momentos distintos. A abertura da sucessão ocorre no momento da morte (extinção da pessoa natural), enquanto a abertura do inventário sucede quando se ajuíza referida ação”. (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito Civil: sucessões**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 2)

⁶² “Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”. (BRASIL, 2002).

⁶³ “Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.

§ 1º Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.

§ 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais co-herdeiros.

[...]

Art. 1.807. O interessado em que o herdeiro declare se aceita, ou não, a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de trinta dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro, sob pena de se haver a herança por aceita”. (BRASIL, 2002).

⁶⁴ “Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial”. (BRASIL, 2002).

qualidade de herdeiro e o seu direito à sucessão. Ressalva-se que, em ambas as situações, a decisão irá retroagir ao momento da abertura da sucessão⁶⁵.

Salienta-se, ainda, que o herdeiro poderá ser excluído da sucessão⁶⁶ em razão de conduta reprovável contra o autor da herança, seja por indignidade (disciplinada entre os artigos 1.814⁶⁷ e 1.818 do Código Civil), seja por deserdação (conteúdo previsto entre os artigos 1.961 e 1.965⁶⁸ do aludido diploma civilista).

⁶⁵ “Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança”. (BRASIL, 2002).

⁶⁶ Segundo Flávio Tartuce: “Existem duas situações previstas na lei, somadas ou não a ato de última vontade do autor da herança, em que é excluído o direito sucessório do herdeiro ou legatário. Nesse contexto, surgem os conceitos de indignidade sucessória e deserdação como *penas civis*. [...] Ambos os institutos de penalização ainda se justificam na contemporaneidade, pois o Direito deve trazer mecanismos de coerção contra a maldade, a traição, a deslealdade, a falta de respeito, a quebra da confiança e outras agressões praticadas em clara lesão à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição da República, encartado no seu art. 1º, inc. III”. (TARTUCE, p. 100-101).

⁶⁷ “Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

§ 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§ 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário.

Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos.

Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.

Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária”. (BRASIL, 2002).

⁶⁸ “Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

A transmissão do acervo hereditário do autor da herança poderá ocorrer de duas formas distintas, quais sejam: por meio da sucessão testamentária (prevista nos artigos 1.857 e seguintes) – sendo, portanto, baseada no ato de última vontade do antecessor (por meio de testamento e codicilo); por meio da sucessão legítima (conforme artigos 1.829 e seguintes) – nesse caso, sua regulação é apresentada no próprio texto legal. Sobre o tema, estes são os ensinamentos de Clóvis Beviláqua:

Direito hereditário ou das sucessões é o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir. Esta transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e que o recebe se diz herdeiro. (BEVILÁQUA, 1955, p. 11-12).

Na sequência, complementa o autor:

A vocação hereditária resulta da disposição de lei ou da vontade humana. No primeiro caso, temos a sucessão legítima, e no segundo, a testamentária ou contratual. Em nosso direito, não há sucessão contratual, como se verificará depois; porém, outros sistemas jurídicos a reconhecem. (BEVILÁQUA, 1955, p. 19).

Reforça-se, ainda, que a sucessão testamentária e a legítima podem coexistir em um mesmo caso (a título exemplificativo, imagine a hipótese de um indivíduo que, ao falecer deixa testamento dispondo de apenas parte de seus bens e, ao mesmo tempo, tenha herdeiros legítimos vivos).

Inexistindo herdeiros legítimos ou testamentários, serão aplicadas as regras atinentes à herança jacente e à herança vacante⁶⁹ (previstas entre os artigos 1.819 e 1.823 do Código Civil de 2002)⁷⁰.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento". (BRASIL, 2002).

⁶⁹ Nas palavras de Orlando Gomes: "Não sobrevivendo parente sucessível, ou tendo ele repudiado a herança, devolve-se para o Estado. [...] O Estado também sucede quando, não obstante a existência de parente sucessível, deixa este transcorrer cinco anos da abertura da sucessão sem se habilitar, passando os bens arrecadados, nesse caso, ao domínio da pessoa jurídica de direito público à qual

A respeito das normas atinentes à sucessão legítima e testamentária, estas serão examinadas, em separado, nos tópicos a seguir.

3.1 Sucessão legítima

Também denominada de sucessão *ab intestato* ou *intestada*, trata-se da ordem de sucessão prevista e determinada pelo texto legal, especificamente, entre os artigos 1.829 e 1.856 do Código Civil. Sobre a sucessão legítima, Flávio Tartuce explica tratar-se daquela “[...] que decorre de imposição da norma jurídica, uma vez que o legislador presume a vontade do morto, ao trazer a ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de seu falecimento sem testamento” (TARTUCE, 2018, p. 144).

A sucessão legítima será devida quando o autor da herança, ao falecer, não tiver deixado ato de última vontade (testamento ou codicilo); ou, caso existindo testamento válido, este não englobe a totalidade dos bens do autor da herança; ou, se o testamento for declarado inválido; ou, na hipótese de o testamento caducar. Se, porventura, vier a ocorrer a incidência de alguma dessas hipóteses previstas no artigo 1.788⁷¹ do Código Civil, o legislador predefiniu critérios objetivos para determinar a ordem sucessória do falecido.

cabe recolher a herança. O ente público não se investe na posse da herança no momento em que ocorre o óbito do seu autor, mas é preciso sentença que declare *vagos* os bens”. (GOMES, Orlando. **Sucessões. Rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 69).

⁷⁰ “Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

Art. 1.820. Praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual, e, decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, será a herança declarada vacante.

Art. 1.821. É assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança.

Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal.

Parágrafo único. Não se habilitando até a declaração de vacância, os colaterais ficarão excluídos da sucessão.

Art. 1.823. Quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante”. (BRASIL, 2002).

⁷¹ “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”. (BRASIL, 2002).

Uma simples verificação do artigo 1.829 da codificação civilista enseja a percepção de que o legislador, ao estabelecer parâmetros sucessórios, utilizou como base, notadamente, a estruturação familiar de uma pessoa, sendo o rol dos herdeiros legítimos, compostos pelos seguintes entes: descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais.

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. (BRASIL, 2002).

A princípio, a ordem apresentada no artigo 1.829 é taxativa e prioritária. Desse modo, existindo herdeiro de uma classe, estariam excluídos da sucessão os herdeiros da classe seguinte. Contudo, o legislador, na atual codificação, inseriu o instituto da concorrência, representando uma exceção ao rol do mencionado dispositivo.

A concorrência permite ao cônjuge sobrevivente, que se encontra na terceira classe de chamamento, a participar, dependendo do regime de bens, da sucessão legítima com os descendentes. Na ausência de descendentes, serão chamados a suceder os ascendentes e, nesse caso, o cônjuge sobrevivente sempre irá com estes concorrer, independentemente do regime de bens.

Os herdeiros legítimos (descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais), previstos no artigo 1.829, poderão ser necessários ou facultativos.

Os herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente – são aqueles previstos no artigo 1.845⁷². A este grupo de herdeiros é garantida a legítima, ou seja, a reserva legal, sendo, necessariamente, destinado a eles 50% (cinquenta por cento) do patrimônio do autor da herança⁷³. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

⁷² “Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. (BRASIL, 2002).

⁷³ “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. (BRASIL, 2002).

Entendem-se por herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido, senão apenas na hipótese de praticarem, comprovadamente, ato de ingratidão contra o autor da herança. (GONÇALVES, 2014, p. 207).

Desse modo, caso um indivíduo que possua herdeiros necessários queira elaborar seu testamento, será possível dispor tão somente do equivalente à metade de sua herança, pois, como destacado, a outra metade é reservada para os herdeiros necessários.

Já os herdeiros facultativos são aqueles constituídos exclusivamente pelos colaterais. Diferentemente dos necessários, aos colaterais não é resguardada a legítima. Logo, caso uma determinada pessoa queira elaborar testamento deixando todo o seu patrimônio para terceiros, por serem os colaterais apenas herdeiros facultativos, não haverá qualquer óbice. Nesse diapasão, assim explica Maria Berenice Dias:

Já os colaterais, ainda que sejam herdeiros legítimos, não fazem jus à legítima, pois são herdeiros facultativos. Podem ficar fora da sucessão, mesmo não existindo herdeiros das classes antecedentes. Basta o de cujus legar todos os bens para outras pessoas. (DIAS, 2011, p. 127).

Por fim, é imprescindível explorar a sucessão do companheiro. Quando da publicação do Código Civil de 2002, as regras atinentes à sucessão do companheiro foram tratadas não no título “Da Sucessão Legítima” como a dos demais herdeiros, mas no Capítulo I, “Disposições Gerais”, do Título I, “Da Sucessão em Geral”. O conteúdo estava previsto no criticado e debatido artigo 1.790⁷⁴. Em 2017, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 646.721⁷⁵ e nº

⁷⁴ “Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694).

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”. (BRASIL, 2002).

⁷⁵ “Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel.

878.694⁷⁶, declarou a inconstitucionalidade do mencionado artigo, determinando a equiparação da sucessão entre o companheiro e o cônjuge sobrevivente⁷⁷.

3.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária (regulada entre os artigos 1.857 e 1.990 do Código Civil) é aquela na qual a transmissão da herança é baseada na última vontade do indivíduo (desde que possua capacidade para testar – nos moldes dos artigos 1.860 e 1.861⁷⁸), o qual, no exercício de sua autonomia, poderá dispor de seus bens por meio de testamento ou de codicilo. A disposição dos bens, na inexistência de herdeiros necessários, poderá ocorrer, inclusive, em sua integralidade por meio da

Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (BRASIL, 2017).

⁷⁶ “Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (BRASIL, 2018).

⁷⁷ Ponto bastante discutido acerca da sucessão do companheiro, após a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, é referente à sua inserção ou não do mesmo no rol dos herdeiros necessários.

⁷⁸ “Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”. (BRASIL, 2002).

sucessão testamentária⁷⁹. Ressalta-se que aquele indivíduo beneficiado por meio da sucessão testamentária é denominado de herdeiro testamentário (ou instituído).

O testamento obrigatoriamente deverá seguir um dos modelos previstos em lei, existindo as formas ordinárias de testamento – englobando os testamentos público, cerrado e particular (conteúdo previsto entre os artigos 1.862 e 1.880) –, assim como as formas especiais – abrangendo os testamentos marítimo, aeronáutico e militar (matéria esta prevista nos artigos 1.886 ao 1.896)⁸⁰.

A respeito do testamento, cabe mencionar as lições de Maria Helena Diniz:

O testamento, como já dissemos em páginas anteriores, é um ato personalíssimo (CC, art. 1.858, primeira parte), formal ou solene, que além de requerer forma escrita está rodeado de requisitos *ad substantiam*, cuja inobservância torna nula a manifestação de última vontade.

Na facção testamentária dever-se-á atender, concomitantemente, à forma interna ou ao elemento intrínseco – atinente à capacidade testamentária ativa e passiva e ao modo de distribuição dos bens pelos herdeiros instituídos e legatários, quando houver herdeiros necessários, cuja reserva legitimária deve ser respeitada, exceto em hipótese de deserdação, e à forma externa ou ao elemento extrínseco ou formal – alusivo ao número de testemunhas, à sua rogação e capacidade; às espécies de testamento, ou seja, ao modo especial pelo qual o testador deve exprimir sua vontade, para eu o testamento tenha eficácia jurídica, e às pessoas encarregadas de cumprir as disposições testamentárias, que são os testamentários. (DINIZ, 2012, p. 233).

Ainda como modalidade de ato de disposição de última vontade, notabiliza-se o codicilo, conteúdo este regulado entre os artigos 1.881 e 1.885⁸¹ do Código Civil

⁷⁹ Segundo Cláudia Fernanda de Aguir Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva: “Todas as pessoas possuem liberdade para testar, fazer disposições de seus bens em vida para que estes surtam efeitos após sua morte, porém esta liberdade não é absoluta, sendo necessária a preservação de metade de seus bens para os herdeiros necessários, ficando impedido de desfazer da totalidade de seus bens”. (PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; SILVA, Zilda Bueno dos Santos. **A reprodução artificial post mortem e seus aspectos sucessórios**. Bauru: Revista Juris FIB, 2018. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/359/325>. p. 292).

⁸⁰ “Só é possível testar pelas formas disponibilizadas em lei. Há um leque de possibilidades dividido em duas categorias: testamentos ordinários e especiais. Cada um comporta três modalidades. São chamadas de formas ordinárias o público, o cerrado e o particular. Testamentos especiais são o marítimo, o aeronáutico e o militar. São especiais, porque só podem ser utilizados em situações específicas (quando há risco de vida) e valem somente por certo período de tempo”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 358).

⁸¹ “Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Art. 1.882. Os atos a que se refere o artigo antecedente, salvo direito de terceiro, valerão como codicilos, deixe ou não testamento o autor.

Art. 1.883. Pelo modo estabelecido no art. 1.881, poder-se-ão nomear ou substituir testamentários.

Art. 1.884. Os atos previstos nos artigos antecedentes revogam-se por atos iguais, e consideram-se revogados, se, havendo testamento posterior, de qualquer natureza, este os não confirmar ou modificar.

de 2002. Trata-se de um modo simplificado para dispor de bens de pouca monta, assim como apresentar orientações não patrimoniais. Segundo César Fiuza:

Trata-se de escrito particular, de próprio punho, datado e assinado, em que o indivíduo faz disposições especiais sobre seu enterro, dá esmolas de pouca monta, distribui jóias e outros bens móveis de pequeno valor etc. O importante é que as disposições do codicilo devem referir-se a bens não valiosos, pois os de maior valia só se podem transmitir por testamento. (FIUZA, 2004, p. 988)

Por fim, vale mencionar que é possível, nos moldes do artigo 1.882 do diploma civilista, a coexistência de testamento e codicilo, não sendo a existência de um obstáculo à do outro.

4 LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA

O Código Civil de 2002, no Livro IV, Título I, Capítulo III, apresenta, entre os artigos 1.798 e 1.803, a regulação atinente à vocação hereditária. Estão previstas desde as regras referentes à legitimidade sucessória (1.798), aos chamados a sucessão testamentária (1.799 e 1.800)⁸², até as regras e vedações acerca de nomeações de herdeiros e legatários (1.801 ao 1.803)⁸³.

O somatório dos dispositivos ressaltados visa regular a normatização acerca da vocação hereditária. Isso porque não basta, ao eventual herdeiro, a simples previsão de ser beneficiário dos bens do falecido, sendo essencial a validação dos requisitos/condições sobre a sua capacidade para suceder⁸⁴. Verifica-se, portanto,

⁸² “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

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 o 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 deixo, 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”. (BRASIL, 2002).

⁸³ “Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.

Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder.

Art. 1.803. É lícita a deixo ao filho do concubino, quando também o for do testador”. (BRASIL, 2002).

⁸⁴ Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira: “O princípio cardeal do direito sucessório é a transmissão imediata dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários (nº 429, *supra*), subordinada obviamente a quem tenha capacidade para suceder (na linguagem do novo Código Civil, legitimação para suceder). Não basta ao herdeiro invocar a sua vocação hereditária. É preciso, ainda, seja ele capaz, e não indigno. Mas não se confunde capacidade sucessória (ou legitimação para suceder) com capacidade civil, ou poder de ação no mundo jurídico (v. nº 48, *supra*, vol. I). Deve entender-se em acepção estrita de aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido. Assim é que uma pessoa pode ser incapaz para os atos da vida civil. Neste sentido restrito, a incapacidade sucessória (ou, no sistema do Novo Código Civil, falta de legitimação para suceder) identifica-se como impedimento legal, para adiar à herança”. (PEREIRA, Caio Mário da

que a capacidade sucessória, nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa, é “[...] a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário de uma determinada herança” (VENOSA, 2014, p. 55). Ainda sobre o tema, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka assim dispõem:

O primeiro passo à identificação da condição de herdeiro é a verificação de sua qualidade, que se dá pela previsão como sucessor na *ordem de vocação hereditária* ou regra própria (sucessão legítima), ou pela instituição da pessoa por disposição de última vontade (*sucessão testamentária*). Para pretender a herança, haverá necessidade de um *título* ou fundamento jurídico do direito hereditário, consistente na convocação do interessado pela lei ou pelo testador.

Mas além da condição de herdeiro, invocada pela previsão na ordem legal ou pela indicação por testamento, subordina-se a transmissão *causa mortis* à legitimação para suceder.

Esta legitimação consiste na aptidão para receber a herança, ou seja, é a condição das pessoas que lhe permite ser titular do direito sucessório invocado. E esta capacidade é pressuposto indispensável ao recolhimento da herança pelo interessado. Não basta a previsão genérica de transmissão, com a morte, da posse e propriedade dos bens aos herdeiros. Há necessidade da verificação da legitimação do sucessor indicado a receber a herança. (CAHALI; HIRONAKA, 2014, 117-118).

No presente estudo, será conferida ênfase à legitimidade sucessória prevista no artigo 1.798 do Código Civilista, sendo assim determinado: “Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002). É importante frisar a inovação incluída pelo legislador, no corpo do texto legal, ao estender a legitimidade ao concebido. A respeito do artigo 1.798, Maria Berenice Dias explica que a legitimidade para suceder:

[...] é regida pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. A regra é de direito intertemporal (CC 1.787). Nesta data a pessoa precisa ter nascido ou já ter sido concebida (CC 1.798). Essas duas regras dizem com a legitimidade passiva, tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária. (DIAS, 2011, p. 118).

Dois são os requisitos apresentados. Assim, quando da abertura da sucessão, far-se-á necessária a presença de pessoa nascida, ou, a condição de já concebida. O presente artigo legal suscita diversos debates jurídicos, principalmente, no tocante à segunda parte do dispositivo, pois face aos avanços na

esfera da biologia, da genética e da medicina, a compreensão de concepção ganha novos contornos e possibilidades.

Adiante será analisada a interpretação a respeito do conteúdo e alcance do artigo 1.798 do diploma civilista.

4.1 Pessoas já nascidas

A primeira parte do artigo 1.798 faz referência às pessoas já nascidas quando do momento da abertura da sucessão. Trata-se de um critério direto e objetivo, que observa, quando da morte do autor da herança quais eram os herdeiros nascidos⁸⁵ e vivos⁸⁶. Logo, o fator central passa a ser o da “existência”. O que é explicitado por Caio Mário da Silva Pereira:

O chamado a sucessão deve existir no momento da delação da herança. Esta não se defere ao vazio, não se transmite ao nada. Se naquele instante o herdeiro já é morto (Ruggerio e Maroi, Planiol, Ripert *et* Boulanger, De Page), defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos da imediata, se for ele o único. Diz-se, pois, com razão, que a delação da herança pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido – *nescitur ubi et na sit* -, pois, do contrário, será chamada outra pessoa que atenda a esses pressupostos. Esse requisito, definido no vocábulo coexistência, deve-se apreciar coma devida cautela, pois comporta suas exceções. (PEREIRA, 2007, p. 31).

A existência do herdeiro passa a ser elemento fundamental para que determinada pessoa faça jus ao exercício do direito sucessório. Sobre o presente tema, Orlando Gomes explicita que

[...] requer-se, em princípio, que o herdeiro sucessível exista no momento da abertura da sucessão, para que alguém assuma a posição jurídico-econômica do *de cuius*, ingressando nas relações jurídicas de que ele participava. (GOMES, 2008, p. 30).

⁸⁵ Segundo Maria Helena Diniz: “[...] para apurar a capacidade sucessória, cumpre observar a ocorrência dos seguintes pressupostos: [...] 2º) Sobrevivência do sucessor, ainda que por fração ínfima de tempo, dado que a herança não se transmite ao nada”. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 61).

⁸⁶ A respeito da primeira parte do artigo 1.798, assim dispõe Juliane Fernandes Queiroz: “Para aplicação dos artigos em pauta, deve-se entender por pessoas nascidas aquelas que se tornaram autônomas em relação aos mecanismos da mãe que a sustentavam até o momento do parto. Ou seja, as que se encontram aptas para realizar o processo respiratório por si mesmas”. (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Ed. UFPR, 2015. p. 236)

Seguindo a mesma linha de teorização, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald assim apontam: “É o princípio da coexistência, através do qual é preciso que o sucessor esteja vivo no instante exato do óbito do titular do patrimônio para que possa recebê-lo” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.78).

A título exemplificativo, imagine a hipótese de um pai solteiro que, no momento de seu falecimento, possuía três filhos como herdeiros, estando estes três vivos. Não restam dúvidas, em uma primeira análise, que estes cumprem com o requisito de legitimidade para a sucessão prevista na primeira parte do artigo 1.798. No entanto, a eventual aceitação ou renúncia de sua condição de herdeiro é uma decisão exclusiva e pessoal de cada um deles, o que em nada altera a observância do disposto na mencionada regra.

Nota-se que não foi estipulado, no texto legal, tempo mínimo de vida entre o momento da abertura da sucessão e o posterior falecimento de algum dos herdeiros. Assim, retomando o exemplo acima descrito, se o filho do pai falecido vem a óbito instantes após a morte de seu genitor, esse filho terá legitimidade sucessória, sendo integralmente cumprida a prescrição prevista na lei.

Como já mencionado, a primeira parte do artigo 1.798 é objetiva e direta quanto à sua interpretação e aplicabilidade.

4.2 Pessoas já concebidas

O segundo trecho do artigo 1.798 faz menção à legitimidade do concebido o que pode ser verificado através da interpretação do seguinte trecho: “[...] já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002). Como descrito, trata-se de uma novidade apresentada pelo legislador do diploma civilista de 2002⁸⁷.

Inicialmente, insta ressaltar o conceito de concebido, que segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, deve ser compreendido como “[...] uma expressão genérica, fazendo alusão a quem já foi concebido, mas ainda não nasceu com vida. Ou seja, o nascituro” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 79). Na sequência, os mencionados autores esclarecem que: “O nascituro é aquele que já está concebido no ventre materno, mas ainda não nasceu” (FARIAS; ROSENVALD,

⁸⁷ Segundo Flávio Tartuce: “[...] o dispositivo, sem correspondente no CC/1916, inova de forma substancial, ao reconhecer legitimação sucessória para o nascituro aquele que foi concebido e ainda não nasceu”. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 68).

2015, p. 80). Para César Fiuza, “[...] nascituro é o feto em gestação. Literalmente, aquele que está por nascer; participio futuro do verbo latino *nasci*” (FIUZA, 2004, p. 117). Na mesma linha de raciocínio, Silvio Rodrigues assim o define: “Nascituro é o ser concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno” (RODRIGUES, 2003, p. 37). Seguindo entendimento semelhante, vale destacar as lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que aduzem: “[...] cuida-se do ente concebido, embora ainda não nascido” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 130).

Antes de adentrar ao debate acerca da legitimidade do nascituro e suas consequências no Direito das Sucessões, é essencial examinar a discussão envolvendo o início da personalidade jurídica. Na tentativa de conferir uma solução ao tema, três correntes centrais despontam, sendo elas: corrente natalista; corrente da personalidade condicional; e corrente concepcionista.

Segundo os defensores da teoria natalista, o início da personalidade está vinculado ao nascimento com vida⁸⁸, não sendo exigida duração temporal “mínima” de vida. Sílvio Rodrigues (2003), adepto da presente corrente, não apenas destaca a necessidade do nascimento com vida (como critério para começo da personalidade), como salienta que tal previsão está estampada no artigo 2º do Código Civil: “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” (BRASIL, 2002). Desse modo, até a concretização do nascimento com vida, para os natalistas, o nascituro não teria direitos, não tão somente uma expectativa sobre tais (TARTUCE, 2019).

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, destaca que o início da personalidade ocorre desde a concepção, porém atingindo sua plenitude, somente através do nascimento com vida (ou seja, está condicionada ao nascimento com vida). Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “os adeptos da teoria da personalidade condicional sufragam entendimento no sentido de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 131). Sobre o tema, ressaltam-se as explicações de Flávio Tartuce:

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como

⁸⁸ “No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardio-respiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o recém-nascido adquire personalidade jurídica [...]”. (GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 129).

se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. (TARTUCE, 2019, p. 133).

Por fim, os adeptos da teoria concepcionista, diferentemente das duas primeiras correntes, defendem que a personalidade jurídica é adquirida desde o momento da concepção. Para César Fiuza, “[...] propugna pelas teses de que a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno” (FIUZA, 2004, p.117). Segundo as lições de Mônica Queiroz

[...] a personalidade se adquire desde a concepção, e o nascituro já possui personalidade jurídica. Tanto é assim que os conceptionistas sugerem uma releitura do art. 2º do CC, entendendo que, na realidade, o que se adquire com o nascimento com vida é a capacidade e não a personalidade, de modo que os direitos de personalidade já estariam salvaguardados desde a concepção. (QUEIROZ, 2019, p. 68).

A respeito das mencionadas teorias, assim Beatriz Schettini resume as mesmas:

[...] surgem as teorias sobre o início da personalidade, quais sejam: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista. Segundo a teoria natalista a personalidade tem início a partir do nascimento com vida; para a teoria da personalidade condicional, a personalidade tem início com a concepção condicionada ao nascimento com vida; já a doutrina concepcionista considera o nascituro pessoa, pois a personalidade é adquirida com a concepção. (SCHETTINI, 2015, p. 49).

Apesar de ser um tema que divide os estudiosos do direito⁸⁹, a determinação do início da personalidade jurídica tende, cada vez mais, por um caminho

⁸⁹ A respeito do tema, Beatriz Schettini expõe a importância em revisitar a noção clássica da personalidade jurídica:

“É essa divergência de tratamento legislativo que impõe a necessidade de reconstrução da noção clássica de personalidade jurídica. Uma vez que ter direitos e deveres é o que caracteriza o ser como uma pessoa.

[...]

Diante da teoria formulada por Lúcio Antônio Chamon Júnior sobre a personalidade jurídica, constata-se que no ordenamento jurídico brasileiro o embrião não é considerado um centro de imputação, um referencial, uma vez que a legislação em momento algum lhe reconhece a capacidade de titularizar direitos e obrigações, o que lhe acarreta como consequência a ausência da personalidade jurídica.

Apesar de não ser o embrião *in vitro* detentor de personalidade jurídica nos termos da legislação civil, o mesmo recebe uma proteção específica do ordenamento jurídico, o que se dá através das condições impostas pelo artigo 5º da lei de biossegurança, quando da permissão para utilização de embriões em pesquisas e investigações científicas”. (SCHETTINI, Beatriz. **O tratamento jurídico do embrião humano no ordenamento brasileiro**. Ouro Preto: Livraria & Editora Ouro Preto, 2015. p. 49-52).

concepcionista, o que pode ser verificado tanto nos julgados⁹⁰ como nas manifestações de importantes doutrinadores⁹¹ e, também, no conteúdo específico observado em determinadas legislações⁹².

⁹⁰ Como exemplos de decisões baseadas na teoria concepcionista, destacam-se:

“DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 399.028/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 15 abr. 2002).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FILHO NASCITURO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURADA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. - Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. - Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. - É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes. - Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes. - É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes. - A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes. Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 931.556/RS. Relator: Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 05 ago. 2008).

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.120.676/SC. Relator: Min. Paulo de Tarso Sandeiverino. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 fev. 2011).

“DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel

Ultrapassado esse primeiro embate jurídico, retoma-se o estudo acerca da legitimidade sucessória do nascituro. Como já apresentado, quando do momento da abertura da sucessão, caso seja observada a existência do concebido, restará verificada sua legitimidade sucessória. Nesse sentido, surge um novo e importante questionamento: se, em tais hipóteses, a confirmação acerca do direito sucessório do nascituro está ou não atrelada à condicionante do nascimento com vida⁹³.

Sobre esse questionamento, dois são os principais posicionamentos que visam apresentar uma solução.

Para a corrente minoritária, inspirada na corrente concepcionista, a leitura e a interpretação do artigo 1.798 devem ser realizadas de modo a estabelecer que,

vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. 5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina. 6. Recurso especial provido". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.415.727/SC. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 set. 2014).

⁹¹ Podem ser ressaltados como adeptos da corrente concepcionista: Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Pontes de Miranda, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Guilherme Calmon Nogueira, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, entre vários outros.

⁹² Nesse sentido, vale frisar que a Lei de Biossegurança - Lei nº 11.105/2005 e a Lei de Alimentos Gravídicos - Lei nº 11.804/2008, apresentam um viés concepcionista.

⁹³ Nesse ponto, far-se-á necessário diferenciar os conceitos de nascituro, natimorto e neomorto. Como já apresentado, nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu (encontrando-se no ventre materno). Por sua vez, natimorto é aquele que nasceu morto (sem vida). Enquanto neomorto é aquele que nasceu com vida, mas, na sequência, vem a óbito (QUEIROZ, Mônica. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2019).

desde o momento da concepção, é garantido e reconhecido ao nascituro o seu direito sucessório.

Assim, o ponto de definição não será o nascimento com vida, mas a concepção. Para os defensores dessa corrente, a situação pode ser esclarecida com um simples exemplo: imagine uma família composta por um pai e uma mãe que se encontra grávida e, antes do nascimento, o pai vem a falecer. Nessa hipótese, segundo os adeptos dessa primeira corrente, o nascituro fará jus ao direito sucessório de modo integral. E mais, caso o nascituro venha a nascer sem vida, sua parte da herança será destinada aos seus próprios herdeiros. Sobre esse tema, destacam-se as lições de Flávio Tartuce:

De fato, pensar o contrário parece representar um resquício da teoria natalista, que nega a personalidade do nascituro. Ou, ainda, afirmar que o nascituro somente adquire o direito sucessório se nascer com vida para parece reconhecer que o nascituro seria uma *meia-pessoa*, pois não teria a personalidade plena, relativa aos direitos patrimoniais sucessórios. Complementarmente, vale lembrar que, como direito fundamental que é – nos termos do art. 5º, inciso XXX, do Texto Maior –, a herança não pode ser preterida daquele que foi concebido e ainda não nasceu. Em resumo, é preciso repensar aquela idéia consolidada, o que é a filiação de uma *teoria concepcionista aprofundada*. (TARTUCE, 2019, p. 71).

Uma segunda corrente, prevalente dentre os doutrinadores, possui uma visão distinta sobre o tema. Para esse grupo, a legitimidade sucessória nasce no momento da concepção, tal como está previsto no texto do artigo 1.798. Contudo, há uma condição para que o concebido venha a participar da herança do falecido, que se trata do nascimento com vida, ou seja, apenas com a constatação desse nascimento com vida (não sendo estipulado prazo “mínimo” de vida), será atribuída a sua quota parte⁹⁴. Essa posição é defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Dúvida inexistente de que o nascituro possui legitimação condicional para suceder: vindo a nascer com vida, recebe a herança ou legado que lhe foi dedicado; em se tratando de natimorto, não será beneficiado pela transmissão sucessória. Repita-se à exaustão: trata-se de uma legitimação condicional, afinal somente titularizará direitos sucessórios se nascer com vida. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 81).

⁹⁴ Sílvio Rodrigues, em sua obra, apresenta explicações sobre as consequências frente ao natimorto: “Se o nascituro nasce morto, referidos bens são devolvidos aos herdeiros legítimos do de cujus, ou ao substituto testamentário, se tiver sido indicado, retroagindo à data da abertura da sucessão” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das Sucessões**. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2007. p. 40-41).

Na mesma esfera de inteligência, Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

Os nascituros podem ser, assim, chamados a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, ficando a eficácia da vocação dependente do seu nascimento.

[...]

Todavia, se porventura nascer morto o feto, não haverá aquisição de direitos, como se nunca tivesse existido. Com isso, nem recebe nem transmite direitos. (GONÇALVES, 2014, p. 69-70).

Seguindo a mesma linha de raciocínio jurídico, Sílvio de Salvo Venosa assim explica a situação do nascituro:

A condição do nascituro é peculiar. O já concebido poderá vir a ser sujeito de direitos no futuro. Tem um direito eventual enquanto não nascido, já protegido pelo direito (o que distingue o direito eventual da mera expectativa de direito). Os direitos do nascituro só ganharão forma com seu nascimento com vida. A situação do nascituro, pois traça, uma forma de exceção à regra da existência da pessoa quando da morte, para que isso possibilite uma sucessão em razão da morte. (VENOSA, 2014, p.57).

Logo, pode-se concluir que, segundo os defensores dessa segunda corrente, que é majoritária na ordem jurídica, a legitimidade do concebido é, de fato, verificada quando da abertura da sucessão, mas o seu direito de suceder somente será confirmado e efetivado com o nascimento com vida.

5 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

5.1 Concepção

Os avanços obtidos através das técnicas de reprodução assistida permitiram a diversas pessoas realizarem o sonho da paternidade e da maternidade. Assim, com o intuito de apresentar conceitos específicos sobre a concepção, seja na sua forma natural, seja por meio dos procedimentos assistidos, far-se-á necessário abordar o tema no presente capítulo.

5.1.1 Natural

A concepção é fundamental como requisito à perpetuação da espécie humana e será compreendida, na presente tese, como o momento da fertilização. Nessa linha de intelecção, ressaltam-se os valiosos ensinamentos de Juliana Fernandes Queiroz: "A Concepção, sinônimo de fertilização, para os embriologistas, é entendida como penetração no óvulo pelo espermatozoide e fusão do material genético, resultando no desenvolvimento do zigoto" (QUEIROZ, 2015, p. 236).

Cabe aqui um breve adendo sobre a terminologia da expressão "concepção natural", a qual se refere ao processo realizado por meio do ato sexual, já que, em um segundo momento, serão abordadas as técnicas de reprodução assistida, ou seja, a "concepção artificial" (DIAS, 2009).

Fato é que, o complexo processo de formação de um indivíduo é dotado de inúmeras etapas de multiplicação e diferenciação celular, as quais irão resultar em tecidos celulares, com formatos e funções distintos, e, por conseguinte, na geração do ser humano propriamente dito.

O desenvolvimento embrionário tem início marcado pela fecundação ou fertilização, na qual os gametas, masculino (espermatozoide) e feminino (oócito), unem-se, na tuba uterina, para resultar em uma célula primordial, diplóide, qual seja, o zigoto (MONTANARI, 2013).

O zigoto, também chamado de célula-ovo, por meio de uma série de eventos sequenciais e moleculares coordenados, formará o embrião. Essas etapas,

orquestradas por complexos marcadores biológicos⁹⁵, são nominadas: segmentação, gastrulação e organogênese (MOORE, PERSAUD; TORCHIA, 2013). Na primeira etapa⁹⁶, segmentação, o zigoto perpassa por sucessivas divisões mitóticas, formando um emaranhado celular com algumas dezenas de células (MENDONÇA, 2016). As mencionadas divisões, também chamadas de clivagens, ocorrem no percurso até a tuba uterina, em sentido à cavidade do órgão. Sobre o tema, Vivian L. Mendonça, assim expõe:

Como regra geral, a segmentação ocorre segundo duas fases [...] ao final da primeira fase forma-se a mórula, constituída por um maciço de células. As células da mórula continuam a sofrer divisões mitóticas, gerando a blástula. A mórula e a blástula são os estágios iniciais do embrião. (MENDONÇA, 2016, p. 242).

O arranjo celular maciço, em franca divisão, entra na cavidade uterina; e o embrião com 32 (trinta e duas) células, já apontado, nesse momento, como blastocisto, sofre a implantação, ou nidação, na parede uterina, onde irá se desenvolver até o nascimento (MOORE, PERSAUD; TORCHIA, 2013).

Por volta da terceira semana de gestação, dá-se início ao segundo importante marco: a gastrulação. Aqui, ocorrem importantes diferenciações⁹⁷ celulares e o plano corporal do indivíduo é, então, definido, já que o embrião se dobra⁹⁸ e se fecha em um corpo cilíndrico. É também na gastrulação que ocorre a formação dos folhetos embrionários germinativos, que darão origem aos vários órgãos e tecidos biológicos do corpo humano (MONTANARI, 2013).

⁹⁵ "O desenvolvimento embrionário é decorrente de planos genéticos nos cromossomos [...]. A maioria dos processos de desenvolvimento depende de uma interação precisamente coordenada entre fatores genéticos e ambientais. Diversos mecanismos de controle guiam a diferenciação e asseguram um desenvolvimento sincronizado, tal como as interações teciduais, a migração regulada das células e colônias celulares, a proliferação controlada e a apoptose (morte celular programada)". (MOORE; Keith L; PERSAUD; T.V.N; TORCHIA; Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013. p. 51).

⁹⁶ "Com a fertilização, a célula diplóide gerada, o zigoto, sofre divisões mitóticas sucessivas, sem a fase de crescimento do ciclo celular. Essas divisões são denominadas clivagens, e as células geradas são os blastômeros. Nesse período, portanto, não há um aumento do volume total do embrião". (MONTANARI; Tatiana. **Embriologia - Texto, atlas e roteiro de aulas práticas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013. p. 54).

⁹⁷ "O Blastocisto consiste em uma camada superficial, o trofoblasto, e um pequeno grupo interno de células, o embrioblasto. O trofoblasto deriva parte da placenta, e o embrioblasto origina o embrião propriamente dito e alguns anexos embrionários". (MONTANARI, Tatiana. **Embriologia - Texto, atlas e roteiro de aulas práticas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013. p. 84).

⁹⁸ "O embrião dobra-se nos planos longitudinal e transversal, tornando-se curvado e tubular (...)o encéfalo será a estrutura mais cranial do embrião, e as áreas que originarão a boca e o coração são trazidas ventralmente, passando a ocupar a posição que possuem no adulto". (MONTANARI, Tatiana. **Embriologia - Texto, atlas e roteiro de aulas práticas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013. p. 104).

Na terceira fase, organogênese, acontecem os processos de diferenciação dos folhetos embrionários em órgãos. Cabe aqui o detalhamento dos três folhetos germinativos e de suas respectivas derivações, sendo esses o ectoderma, o mesoderma e o endoderma:

O ectoderma embrionário dá origem à epiderme, ao sistema nervoso central e periférico; ao olho, à orelha interna e, como células da crista neural, a muitos tecidos conjuntivos da cabeça.

O endoderma embrionário: é a fonte dos revestimentos epiteliais das vias respiratórias e do trato gastrointestinal, incluindo as glândulas que se abrem no trato gastrointestinal e as células glandulares dos órgãos associados, tais como o fígado e o pâncreas.

O mesoderma embrionário: dá origem a todos os músculos esqueléticos, às células sanguíneas e ao revestimento dos vasos sanguíneos, a todo músculo liso visceral, a todos os revestimentos serosos de todas as cavidades do corpo, aos ductos e órgãos dos sistemas reprodutivo secretor e à maior parte do sistema cardiovascular. No tronco, é a origem de todos os tecidos conjuntivos, incluindo a cartilagem, os ossos, os tendões, os ligamentos, a derme e o estroma dos órgãos internos. (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 56).

As etapas contínuas ao acima mencionado referem-se aos desdobramentos fisiológicos do desenvolvimento do embrião que, em condições normais, seguem em ascendente processo de crescimento e aumento da complexidade das funções e das estruturas do corpo em formação.

Insta salientar que o embrião passa ao *status* de feto a partir da 10^a semana de gestação pós-concepção. O período fetal, então, estende-se até o completo amadurecimento dos órgãos do bebê o que ocorre por volta de 40 semanas, podendo variar entre 37 e 42 semanas (MOORE; PERSAUD, 2008).

5.1.2 Reprodução Humana Assistida

Dá-se o nome de reprodução assistida ao conjunto de técnicas médicas intervencionistas ao processo de concepção natural, que permitem a reprodução humana de maneira assistida ou orientada (VILAS-BOAS, 2011).

Sobre o tema, o autor Christian de Geyter descreve: "As técnicas de reprodução assistida, denominam todas as intervenções, incluindo o manuseio *in vitro* de oócitos humanos, espermatozóides e embriões para fins de reprodução" (GEYTER, 2019). Na sequência, destacam-se os ensinamentos das autoras Cláudia Fernandes de Aguiar Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva:

(...) um procedimento médico que, através de meios artificiais, ou seja, sem a necessidade de relação sexual, unem os espermatozoide ao óvulo, surgindo um embrião, que, posteriormente, é transferido para o útero da receptora para gestar e evoluir naturalmente. (PEREIRA; SILVA, 2018, p. 264).

Ainda sobre o tema, Claire Bazin Gurgel, Andrea Cristina Farkas Crepaldi e Sabrina Maria Rodrigues Jacinto Costa aduzem:

Todos os tratamentos ou procedimentos que incluem a manipulação *in vitro* tanto dos oócitos humanos quanto dos espermatozoides, ou embriões, com o propósito de se estabelecer uma gravidez. Inclui, mas não está limitado a, a fertilização *in vitro* com transferência de embriões, a transferência intratubária de gametas, a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de embriões, a criopreservação de gametas e embriões, a doação de oócitos e embriões e a cessão temporária de útero (*surrogacy*). (GURGEL; CREPALDI; COSTA; 2017, p. 26).

A ampliação do conhecimento relativo aos processos de controle e respectivas etapas do desenvolvimento embrionário colocou a ciência à disposição da sociedade. Desse modo, mesmo que motivos diversos⁹⁹ impeçam a concepção natural, vidas, ainda assim, podem ser geradas.

A título de exemplos de barreiras para concepção natural, citam-se: casais inférteis que desejam engravidar; mulheres que desejam programar a gestação em idade mais avançada; reprodução independente; casais homoafetivos; doenças que impossibilitam os envolvidos de engravidar naquele momento da vida. Destaca-se que as motivações para o emprego das técnicas de reprodução assistida convergem com a vontade de reprodução, excluindo-se quaisquer outros fins.

Sobre esse tópico, Carlos María Romeo-Casabona e Maria de Fátima Freire de Sá assim dispõem:

⁹⁹ Sobre as principais causas de infertilidade (dificuldade em obter gravidez dado à tentativa por relações sexuais, sem uso de nenhuma forma de anticoncepção, pelo período de um ano), a Sociedade Brasileira de Urologia discorre: "Infertilidade masculina: fatores genéticos, fatores hormonais, infecções, obstrução do canal de passagem do espermatozoide ou baixa motilidade dos mesmos, dilatação anormal das veias do testículo". (BRASIL. Ministério da Saúde. **Infertilidade Masculina**. Biblioteca Virtual em Saúde, 2014. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/infertilidade-masculina/>). Por sua vez, sobre a infertilidade feminina ressalta-se: "ovários policísticos, ausência de ovulação, obstrução tubária, alterações do muco cervical, vigor do óvulo, idade da mulher". (BRASIL. Ministério da Saúde. **Infertilidade Masculina**. Biblioteca Virtual em Saúde, 2014. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/infertilidade-feminina/>).

As Técnicas de reprodução assistida 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, desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou ao possível descendente [...] sendo proibida a fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana. (ROMEO-CASABONA; SÁ, 2007, p.160).

Nessa mesma esfera, as autoras Cláudia Fernandes de Aguiar Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva apontam que "Tal técnica é utilizada para amenizar os problemas relacionados à infertilidade e esterilidade, sendo também uma opção muito utilizada por casais homoafetivos que desejam ter filhos". (PEREIRA; SILVA, 2018, p. 264).

Apesar da pluralidade das pessoas que podem se beneficiar do uso de tecnologias reprodutivas, observa-se um paralelo entre os mesmos interesses envolvidos na concepção natural ou na escolha pela concepção assistida, qual seja, o desejo de ter filhos. Essa breve explanação ilumina o amplo espectro de discussões jurídicas que podem ser geradas diante das diversas tecnologias reprodutivas que, se por um lado, abrem novas possibilidades e demarcam conquistas na área da medicina, por outro, ensejam novos contornos na legislação.

5.1.2.1 - Histórico das técnicas de reprodução humana assistida

A evolução das técnicas reprodutivas é marcada por inúmeras tentativas frustradas e casos de insucessos.

As primeiras experiências de inseminação intrauterina em humanos datam, de forma imprecisa, de 1785 a 1791, quando o médico John Hunter orientou um paciente para que este inseminasse sua esposa utilizando uma seringa (OLIVEIRA, 2000). Somente muitos anos depois, em 1866, é que ocorre um novo relato em que o ginecologista americano James Marion Sims conseguiu realizar a fecundação intrauterina, mas ainda sem êxito, face ao nascimento do bebê. Nesse mesmo ano, Sims foi o responsável por compilar e publicar o primeiro livro sobre infertilidade, cuja temática incluía a inseminação artificial (OLIVEIRA, 2000).

Os poucos casos de sucesso relatados, com lacunas temporais consideráveis entre eles, refletiam a tímida prática da inseminação intrauterina como procedimento de reprodução. Um dos grandes marcos dessa trajetória, porém, ocorreu na década

de 1940, com o advento do congelamento¹⁰⁰ de sêmen, que alavancou as possibilidades de manuseio dos gametas. Ora, se até então as técnicas eram condicionadas à imediata inoculação de esperma fresco no útero da mulher, agora, com a possibilidade de preservação do esperma por congelamento, abriu-se o universo de novas técnicas mais complexas, ensejando o refinamento do que é chamado de fertilização *in vitro* (PEREIRA; SILVA, 2018).

Em paralelo à criopreservação, ocorreu a ampliação do conhecimento sobre hormônios e fatores de controle no ciclo ovariano da mulher. Durante a década de 1940, foram realizados diversos experimentos com incentivos da indústria farmacêutica para identificação e compreensão dos componentes envolvidos em uma gestação. Assim, com o desenvolvimento das tecnologias, foi possível reproduzir ambientes extrauterinos bioequivalentes *in vivo*, além de um ajuste mais refinado no controle dos ciclos ovarianos da mulher, dando o impulso necessário à revolucionária fertilização *in vitro* (QUEIROZ, 2015).

Observa-se, no entanto, que entre o aprimoramento¹⁰¹ das técnicas¹⁰², até a consolidação de um nascimento transcorreram-se muitos anos, tanto que a primeira fertilização *in vitro* em humanos com relativo sucesso, data de 1969¹⁰³, quase trinta anos após os avanços acima relatados. Apenas em 1978, nasceu, na Inglaterra, Louise Brown, que se tornou o marco zero de uma área da medicina até então não efetiva (LEITE, 2019).

Para tanto, foram necessários mais de 15 (quinze) anos de estudos dos pesquisadores Steptoe e Edwards, além de 09 (nove) anos de tentativas sem

¹⁰⁰ "A primeira inseminação heteróloga foi relatada pelo italiano Paolo Mantegazza, em 1887, e a primeira inseminação com sucesso usando sêmen criopreservado, em 1953, por Bunge e Sherman". (GEBER, Selmo; ROQUE, Matheus; HURTADO, Rodrigo; SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida**. 1. ed. Editora Atheneu. 2016. p. 5).

¹⁰¹ "O verdadeiro impulso da ciência no avanço da inseminação artificial surgiu na década de 1940, com o congelamento do sêmen, porque até então ela só era possível com a convocação do doador um pouco antes da coleta fresca do esperma e sua imediata introdução no colo uterino". (MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.521-522).

¹⁰² "Em 1953, foi realizada nos Estados Unidos a primeira fecundação por inseminação artificial com esperma congelado [...] com o aperfeiçoamento de suas técnicas a Fertilização *In Vitro* (FIV) - união do óvulo e do espermatozoide fora do corpo, na proveta, ocorreu em 20 de julho de 1.978". (PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; SILVA, Zilda Bueno dos Santos. **A reprodução artificial post mortem e seus aspectos sucessórios**. Bauru: Revista Juris FIB, 2018. P. 267. Disponível em: <<https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/359/325>>).

¹⁰³ "[...] a primeira fertilização com sucesso em gerar pró-núcleos foi em 1969, com Robert Edwards, na Inglaterra, que também conseguiu cultivar embriões *in vitro* até a fase de 16 células, em 1970". (GEBER, Selmo; ROQUE, Matheus; HURTADO, Rodrigo; SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida**. 1. ed. Editora Atheneu. 2016. p. 8).

sucesso, antes de conseguirem o feito do nascimento do primeiro "bebê de proveta" - Louise Brown -, por meio da fertilização *in vitro* (CORRÊA; LOYOLA, 2015).

Esse foi o início de uma sequência de eventos que vieram a irromper na esfera da biologia e da medicina:

A possibilidade de gerar uma criança sem ser pelo método convencional choca o mundo. "(...), o primeiro bebê concebido após uma fertilização *in vitro* e transferência de embrião, marcou o início de uma era de grande progresso no entendimento e tratamento dos problemas relacionados à fertilidade humana". (STEPTOE; EDWARDS, 1978 apud SOUZA, ALVES, 2016, p. 28).

Ainda sobre o crescimento avassalador das técnicas de reprodução assistida, as autoras Karla Keila Pereira Caetano Souza e Oslania de Fátima Alves apontam:

Entre a década 1980/1990 surgiram vários centros de Reprodução Assistida em São Paulo, Curitiba, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Recife, e no início de 1990, já tinha ultrapassado a marca de 10 clínicas no Brasil. (SOUZA; ALVES, 2016, p. 28).

Nessa mesma linha de raciocínio, Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva realizam as seguintes ponderações: "Nessa explosão da ciência e da tecnologia, o mundo, em meados dos anos 80, contabilizava mais de 100 casos de fertilização *in vitro*" (PEREIRA; SILVA, 2018, p. 267).

No Brasil, o desenrolar das técnicas reprodutivas seguiu um ritmo relativamente similar ao do restante do mundo. A comunidade científica, no ano de 1947, já se reunia para traçar estratégias sobre os rumos da reprodução humana no país, o que pode ser verificado na narrativa apresentada por Dirceu Henrique Mendes Pereira:

O germe da reprodução humana no Brasil eclodiu em 26 de dezembro de 1947, quando foi fundada a Sociedade Brasileira de Esterilidade (SBE) na cidade maravilhosa [...]. O primeiro estatuto foi aprovado em 30 de abril de 1948, ou seja, quatro meses depois, tendo também como propósito "estimular o estudo da esterilidade entre os especialistas nacionais e incentivar a criação de clínicas nos hospitais e serviços médicos do país. (PEREIRA, 2011, p. 60)

Somente em 1984, 06 (seis) anos após o nascimento de Louise Brown, ocorreu o primeiro caso de sucesso no país. O feito¹⁰⁴ ficou a cargo do médico Milton Nakamura, que se dispôs a pesquisar e impulsionar a fertilização *in vitro* no Brasil. Anna Paula Caldeira é o nome do primeiro "bebê de proveta" nascido em outubro de 1984, no Paraná (LEITE, 2019).

Os resultados promissores e os avanços das técnicas de reprodução assistida no Brasil propagaram uma avalanche de investimentos no setor, que culminou em um número cada vez maior de Centros de Medicina Reprodutiva - CMR (PEREIRA, 2011).

Em paralelo, ocorreu o despertar para a regulamentação dos processos tecnológicos e, em 1996, surgiu a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida – SBRA, cujo objetivo era unificar a atuação dos grupos de Centros de Medicina Reprodutiva no país (PEREIRA, 2011).

Em um período próximo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA - propôs um regramento nacional, que tornou obrigatória a existência de relatórios anuais sobre as atividades de laboratório de embriões, o que é evidenciado por Dirceu Henrique Mendes Pereira:

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) tornou obrigatória a elaboração de relatório anual reportando as atividades de laboratório de embriões (SisEmbrio), com o propósito de fiscalizar a atuação dos CMR e produzir compilação de dados nacionais. (PEREIRA, 2011, p. 63).

A respeito da ausência de regulamentação específica e, por consequência, dos efeitos causados por tal lacuna, as autoras Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva assim refletem sobre o tema:

¹⁰⁴ Nesse sentido, o autor Dirceu Henrique Mendes Pereira descreve que, igualmente aos pesquisadores Steptoe e Edwards, cuja trajetória foi marcada por várias tentativas frustradas, Nakamura também necessitou de muito empenho para chegar ao êxito de um parto bem sucedido: "Após selecionar 10 mulheres portadoras de lesão tubária, realizou uma série de fertilizações *in vitro* no Hospital Santa Catarina, em São Paulo, com cobertura midiática da Rede Globo. Milton Nakamura, via laparoscópica, realizou a coleta dos óvulos, enquanto Alan Trouson e Luca Giannaroli (atualmente, dois grandes expoentes) procederam a monitorização da estimulação ovariana (citrato de clomifênio) e a fertilização extracorpórea. Lamentavelmente, o que poderia ter sido um evento sensacional transformou-se em um infortúnio, pois ocorreu a morte de uma das pacientes, consequência de um acidente anestésico. Esse desastre teve grande repercussão negativa e paralisou, durante dois anos, todas as iniciativas para a continuidade do programa. Após esse período, Nakamura reiniciou, em 1983, com o mesmo grupo de Melbourne, mais duas séries – dessa vez, sem a cobertura da imprensa –, e, no início de 1984, conseguiu a primeira gravidez, que resultou no nascimento de Anna Paula Caldeira". (PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. **A história da reprodução humana no Brasil**. São Paulo: Revista Feminina, 2011. p.61. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n2/a2450.pdf>>).

A sociedade começa a se preocupar com a possibilidade de que tais técnicas pudessem trazer conflitos, necessitando de uma regulamentação para tais procedimentos. Este avanço trouxe questionamentos de ordem, jurídica, social, ética, moral. (PEREIRA; SILVA, 2018, p. 267).

Assim, até os dias atuais, apesar das sucessivas tentativas em estabelecer critérios técnicos e éticos no exercício das tecnologias reprodutivas, observa-se, na legislação brasileira, uma importante lacuna legal, já que não há nenhuma lei específica que ampara e regula a reprodução humana assistida.

O avanço tecnológico no campo da biologia, da genética e da medicina é indubitavelmente um caminho sem retorno. Assim, urge a necessidade por uma legislação própria visando normatizar e regular o tema. Insta ressaltar que, na atualidade, as regras existentes ficam, especialmente, a cargo das Resoluções do Conselho Federal de Medicina (o que, na prática, não tem se mostrado suficiente para responder e atender todos os questionamentos que persistem sobre o tema e seus reflexos, principalmente, no âmbito jurídico).

Nos últimos 35 (trinta e cinco) anos, as estimativas apontam para a impressionante marca de dois milhões de nascidos em todo o mundo, a partir de técnicas de Fertilização *In Vitro*. No Brasil, mais de 100.000 bebês foram gerados por meio de tais procedimentos (GEBER, ROQUE, HURTADO, SAMPAIO, 2016). Os números crescentes apontam, portanto, para a real necessidade de discussões urgentes em várias esferas atreladas ao emprego da reprodução assistida.

5.1.2.2 Descrição das técnicas de reprodução humana assistida

Todos os processos de reprodução assistida¹⁰⁵ envolvem manipulação de óvulo¹⁰⁶, espermatozoides e embriões, com o propósito de se estabelecer uma

¹⁰⁵ "As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" nada mais são do que técnicas de reprodução assistida. São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho. São técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico". (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 421-422).

¹⁰⁶ "O estímulo ovariano controlado é uma etapa fundamental durante os tratamentos de reprodução assistida. Seu objetivo é levar ao desenvolvimento multifolicular, com conseqüente amadurecimento de um maior número de óvulos, potencializando as chances de sucesso dos tratamentos de reprodução assistida. Durante os ciclos estimulados, com o amadurecimento de um número maior de óvulos é possível a formação de um número maior de embriões, permitindo uma melhor seleção

gravidez. As técnicas reprodutivas, no entanto, apresentam-se em diferentes níveis de complexidade de execução, determinando, assim, duas classificações: baixa complexidade e alta complexidade (QUEIROZ, 2001).

Na primeira delas, a fecundação é realizada dentro do próprio aparelho reprodutivo feminino; entre as mais comuns estão o Coito Programado e a Inseminação Artificial Intrauterina (IIU). Quanto à segunda classificação, abarcando os procedimentos mais complexos, estão aqueles cuja fecundação ocorre em nível laboratorial, ou seja, de forma extrauterina – aquela em que os embriões formados são implantados no útero (entre as mais relevantes, ressaltam-se, a fertilização *in vitro* (FIV) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)) (MALUF; MALUF, 2013).

Em síntese, das inúmeras derivações de técnicas supracitadas, é importante compreender que os procedimentos irão incorrer em maior ou menor grau de intervenção médica, podendo a concepção, portanto, acontecer *in vivo*, o que implica sua ocorrência no aparelho reprodutor feminino, ou *in vitro*, cuja concepção sucede fora do corpo da mulher. Sobre o tema, insta apresentar as considerações de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald:

A reprodução medicamente assistida é o gênero do qual podem derivar duas espécies: a inseminação artificial e a fertilização na proveta (também chamada de fertilização *in vitro* - FIV) [...]. A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O Médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A outro giro, na fertilização na proveta a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 572).

Antes de ser aprofundada cada uma das técnicas supramencionadas, torna-se imprescindível retomar os esclarecimentos referentes às expressões *homóloga* e *heteróloga*. Isso porque qualquer que seja a técnica de reprodução assistida escolhida, ela poderá ser realizada de forma *homóloga* ou *heteróloga*¹⁰⁷. A diferença

embrionária e a criopreservação de óvulos/embriões excedentes". (GEBER, Selmo; ROQUE, Matheus; HURTADO, Rodrigo; SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida**. 1. ed. Editora Atheneu. 2016. p. 23).

¹⁰⁷ Sobre o tema, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald elucidam que, na fecundação homóloga, por se tratar de manipulação de gametas do próprio casal envolvido, não há grandes dificuldades do ponto de vista legal. Na fecundação heteróloga, por sua vez, em se tratando do uso de material genético de terceiros, como de um doador de sêmen, faz-se necessária autorização expressa do marido ou companheiro para que ela possa ocorrer. Nesse sentido: "Na procriação assistida heteróloga, tem-se a participação de terceiro(s), sempre a título gratuito

entre as modalidades consiste, basicamente, na origem do material genético utilizado.

Na modalidade homóloga, o material genético que será manipulado é do próprio casal envolvido que recorre à técnica, ou seja, tanto o oócito quanto os espermatozoides utilizados são dos dois interessados (TARTUCE, 2018).

Já na modalidade heteróloga, pelo menos um dos gametas, masculino ou feminino, decorre de terceiros, ou seja, o material genético manipulado de ao menos uma das partes advém de outrem (TARTUCE, 2018).

Mediante a compreensão dessas diferentes definições, far-se-á necessária breve descrição de cada uma das principais técnicas de reprodução assistida¹⁰⁸. Como descrito, a mais simples delas é o coito programado, no qual o médico responsável monitora o ciclo menstrual da mulher e determina o melhor momento para ocorrência da relação sexual (QUEIROZ, 2001).

Nele, o período ovulatório da mulher é rastreado por exames de ultrassom e, eventualmente, há prescrição de drogas indutoras¹⁰⁹ da ovulação. Além do mais, o

(Resolução nº1.358/92, CFM, item IV, 1). O médico trabalhará com sêmen (e/ou óvulo) de terceira pessoa (...) por isso, exige-se a autorização expressa do marido ou companheiro, de modo a viabilizar a procriação assistida na forma heteróloga. Essa autorização tem que ser expressa e escrita. Assim, a criança concebida por reprodução assistida heteróloga, pressuposta a anuência do marido ou companheiro, é, por presunção de lei, filha de quem autorizou o ato". (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - volume 6 - Famílias**. 7.ed. São Paulo: Atlas. 2015. p. 572).

¹⁰⁸ Além das técnicas citadas no decorrer do texto, que figuram entre as mais comuns, é importante citar outras técnicas existentes: transferência de gametas para as trompas (GIFT); e transferência de zigotos (ZIFT); transferência tubária de embrião (TET). Na GIFT, os gametas (ovócito e espermatozoide) são entregues diretamente nas tubas uterinas, onde espera-se que ocorra a fecundação. "Exige a coleta de óvulos (por laparoscopia com anestesia geral ou por ultrassom vaginal com anestesia local) e de espermatozoides, e sua transferência imediata para a trompa de Falópio, onde se espera que a fecundação ocorra". (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade - Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 348).

A ZIFT compartilha das mesmas etapas da GIFT, desde a coleta até a preparação, no entanto, naquela, a fecundação ocorre em laboratório, isto é, *in vitro*, e não mais *in vivo* como na GIFT. Assim, o material é entregue diretamente na tuba uterina e já se configura como um zigoto. (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade - Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001). Na TET, por sua vez, a principal diferença para a ZIFT é que ocorre a transferência de um embrião já formado diretamente para a tuba uterina. "A TET tem como indicações [...] falha anterior em ciclo de GIFT e ovócitos imaturos obtidos em ciclo de GIFT". (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade - Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p. 348).

¹⁰⁹ Sobre o tema, as autoras Ellen Frances Olshansky e Lucy Newmark Sammons descrevem que, para maximizar as chances de ovulação, podem ser administradas drogas indutoras, como Citrato de Clomifeno. Ademais, a mulher também é orientada a perceber e anotar sinais biológicos, como temperatura corporal basal diária, características do muco cervical, ocorrência de dor. (OLSHANSKY, Ellen Frances; SAMMONS, Lucy. **Artificial Insemination: An Overview**. Elsevier, 1985. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0884217515325673>>).

ato sexual torna-se um evento programado e normatizado, ocorrendo em dias alternados no período fértil (QUEIROZ, 2001).

Outro procedimento também considerado simples, de baixa complexidade, é a inseminação artificial intrauterina. Nela, faz-se igualmente necessário o monitoramento apurado do ciclo ovariano da mulher para seja realizada a inoculação de sêmen¹¹⁰ no colo uterino tão logo a ovulação ocorra (OLSHANSKY; SAMMONS, 1985). Ou seja, nesse ponto, a fecundação não ocorre pelo ato sexual, mas sim pela introdução direta de espermatozoides no aparelho reprodutor feminino, feita com auxílio de um cateter (OLSHANSKY; SAMMONS, 1985).

Nesse sentido, os autores Selmo Geber, Matheus Roque, Rodrigo Hurtado e Marcos Sampaio destacam:

Considera-se que o momento da inseminação em relação ao momento da ovulação é um fator crítico para as taxas de sucesso dos tratamentos. A inseminação pode ser realizada em diversos momentos em relação ao momento da ovulação e também pode ser realizada uma única vez ou mais vezes em um mesmo ciclo. (GEBER, ROQUE, HURTADO, SAMPAIO, 2016, p. 17).

Figurando na seara das técnicas complexas, encontra-se a revolucionária fertilização *in vitro*, em que os embriões¹¹¹ são formados em laboratório, ou seja, fora do corpo feminino e, de acordo com seu desenvolvimento e morfologia, são selecionados para serem implantados. Sobre o tema:

Para a avaliação do desenvolvimento embrionário, considera-se que aqueles com divisão simétrica, regular e adequada, e com menor número de fragmentos anucleados teriam uma maior capacidade de se desenvolver em gravidez, após transferido ao útero. (GEBER, ROQUE, HURTADO, SAMPAIO, 2016, p. 40).

No tocante à fertilização *in vitro*, a autora Renata Malta Vilas-Bôas descreve-a como uma fertilização artificial, "[...] onde a concepção é realizada de forma

¹¹⁰ Sobre o tema, as autoras Ellen Frances Olshansky e Lucy Newmark Sammons pontuam, ainda, que o momento da coleta do sêmen é considerado crítico, já que deve ser um evento absolutamente coordenado com a receptora. (OLSHANSKY, Ellen Frances; SAMMONS, Lucy. **Artificial Insemination: An Overview**. Elsevier, 1985. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0884217515325673>>).

¹¹¹ A autora Juliane Fernandes Queiroz aponta para uma importante questão sobre a técnica de fertilização *in vitro*, qual seja, a produção de embriões excedentários "[...] existindo um limite de embriões que podem ser transferidos para o útero, indubitavelmente restarão embriões excedentes que serão mantidos criopreservados". (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade - Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. 2001. Belo Horizonte: Editora Del Rey. p. 75).

laboratorial, ou seja, fora do corpo feminino, onde apenas irá ocorrer a implantação dos embriões já fecundados" (VILAS-BOAS, 2011, p.2). Nessa mesma esteira de raciocínio, cabe externar os ensinamentos de Tania Salem que, acerca da fertilização *in vitro*, assim pontua:

[...] a fertilização *in vitro* impõe a confrontação com uma situação inédita: um embrião não é mais necessariamente concebido em um corpo feminino e pode, sob certas condições, viver fora dele e, portanto, independentemente dele. (SALEM, 1997, p. 85).

As técnicas de alto custo apresentam inúmeras etapas, quais sejam: estimulação da ovulação por drogas indutoras; coleta de óvulos maduros por aspiração direta dos folículos; coleta de espermatozoides realizada por masturbação no mesmo dia em que a mulher tem seus óvulos coletados; colocação de óvulos e espermatozoides em ambiente próprio para que ocorra a fertilização (MALUF; MALUF, 2013).

Nesse sentido, o autor Dimas Messias de Carvalho complementa:

[...] a transferência só ocorre quando o produto da fusão entra em segmentação, passando a constituir embriões (estágio de duas a oito células). A fecundação *in vitro* exige a indução da ovulação, punção folicular e cultura dos óvulos, coleta e preparação do esperma, a inseminação e cultura de embriões, para, finalmente, ser implantado no útero da mulher. (CARVALHO, 2015, p. 592).

O procedimento, altamente especializado, conta, ainda, com a possibilidade de rastreio¹¹² de síndromes e condições genéticas, realizado por biópsia embrionária.

A última técnica a ser apresentada consiste em um dos mais modernos recursos de reprodução assistida. A injeção intracitoplasmática de espermatozoides é, em suma, uma fertilização *in vitro* ainda mais especializada, prevista para ser utilizada em casos de anormalidades¹¹³ espermáticas.

¹¹² O rastreio de síndromes recebe o nome de diagnóstico genético pré-implantação (PGD), procedimento este que enseja, do ponto de vista genético, verificação com intuito de evitar a transmissão de doenças de pais para a futura prole. (GEBER, Selmo; ROQUE, Matheus; HURTADO, Rodrigo; SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida**. 1. ed. Editora Atheneu. 2016).

¹¹³ "Trata-se de uma tecnologia que veio auxiliar, na perspectiva dos especialistas, o fator masculino da infertilidade [...]. Os espermatozoides ou as espermátides são colocados em um meio de cultura. Um deles é injetado diretamente no óvulo. Os óvulos são coletados da mesma forma que na FIV. A técnica está prevista para ser usada nos casos de anormalidades espermáticas que podem ser várias: oligoastenoteratozoospermia, presença de antiespermatozoide ou azoospermia". (ROTANIA,

Enquanto na fertilização *in vitro* convencional, já descrita anteriormente, os espermatozoides e óvulos são colocados em uma placa de *petri* para que ocorra a fecundação, na injeção intracitoplasmática, os espermatozoides são previamente selecionados e cada uma deles é injetado diretamente dentro de cada óvulo (AZAMBUJA, *et al.*, 2017) . Sobre o tema, Dimas Messias de Carvalho explica:

Trata-se de uma das tecnologias de procriação mais avançadas e consiste na injeção de apenas um espermatozoide diretamente no óvulo, extinguindo a dificuldade de reprodução por defeitos no espermatozoide que não consegue romper o óvulo e realizar a fecundação. (CARVALHO, 2015, p.592).

A injeção é realizada por micromanipuladores acoplados a microscópios, permitindo a inoculação de um espermatozoide dentro de um óvulo (SOUZA, ALVES, 2016).

Em resumo, trata-se de um avanço da fertilização *in vitro* para casos em que não há quantidade mínima de espermatozoides ou alterações espermáticas moderadas ou graves, sendo, portanto, necessário o processo de micromanipulação de gametas para lograr maiores chances de êxito de gravidez (GEBER, ROQUE, HURTADO, SAMPAIO, 2016).

5.3 Criopreservação

A técnica de criopreservação consiste, basicamente, em armazenar células, como espermatozoides, oócitos ou embriões, pelo método de congelamento, preservando a forma, estrutura e composição química dos elementos (PEREIRA, 2014). Nesse mesmo sentido, Claire Bazin Gurgel, Andrea Cristina Farkas Crepaldi e Sabrina Maria Rodrigues Jacinto Costa dispõem: “Congelamento ou vitrificação e estocagem de gametas, zigotos, embriões ou tecido gonadal” (GURGEL; CREPALDI; COSTA, 2017, p. 21).

Como ressaltado, a criopreservação foi um importante fator de desenvolvimento das tecnologias de reprodução assistida, pois proporcionou a possibilidade de armazenamento de células para uso em momento futuro:

Este método vem sendo considerado uma alternativa para a obtenção da gestação, já que os embriões restantes podem ser armazenados e transferidos em um ciclo posterior. O êxito de uma FIV nem sempre é conquistado no primeiro procedimento, mas a potencialidade de um possível embrião para ser acolhido em um útero é preservada. A criopreservação habilita médicos e pacientes a contarem com outras chances de se conseguir uma gravidez. (GASDA, 2015, p.8).

O método também atinge outras potenciais indicações, tanto para homens quanto para mulheres, objetivando preservar a fertilidade. Assim, a título exemplificativo, citam-se pessoas com necessidades de transplantes de medula óssea; câncer de próstata; tumores ovarianos benignos, entre outras condições de saúde; ou mesmo, o simples desejo em postergar a maternidade/paternidade para um momento mais longínquo, quando a idade venha a se apresentar como um fator dificultador (PARENTE, *et al.*, 2009).

Em relação ao procedimento de criopreservação de espermatozoides, Juliana Fernandes Queiroz, assim, pontua:

O banco de sêmen é mais difundido por razões empíricas que ainda impedem o congelamento dos óvulos em maior escala e, por razões éticas, que impedem o uso do congelamento de embriões com mais incidência. (QUEIROZ, 2015, p. 100).

Ainda sobre o tema, Vera Beatriz Fehér Brand, Erica Molina e Nadeje Regina Correa elucidam:

A criopreservação de espermatozoides humanos foi introduzida nos anos 1960 e consiste na conservação do material biológico, por tempo indeterminado, a temperatura de 196°C negativos, para manter sua função biológica e capacidade de fertilização após descongelamento. (BRAND; MOLINA CORREA, 2017, p. 194).

Já em relação à criopreservação de oócitos, o autor Raphael Câmara Medeiros Parentes elucidada que:

Atualmente, o desenvolvimento de técnicas de preservação da fertilidade tem sido tema de grande interesse, seja pelo crescente uso de agentes gonadotóxicos que causam falência ovariana precoce, iatrogênica, ou pelo simples interesse em manter a fertilidade em mulheres que por opção própria, ou por falta de parceiro, têm que postergar a maternidade. (PARENTE, *et al.*, 2009, p. 656).

Fato é que a possibilidade de preservação de material genético¹¹⁴ para uso posterior representa um grande avanço tecnológico na reprodução humana, já que a

¹¹⁴ Complementando o tema, ressalta-se, sobre o descarte de material criopreservado, o conteúdo previsto no tópico V, itens 4 e 5, da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal Medicina, no artigo 5º da Lei de nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, e, na ADIn 3510/DF:

“V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial.

5.1 Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica”. (BRASIL, CFM, 2021).

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”. (BRASIL, 2005).

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose

múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por

modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquilatar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente". (BRASIL, 2008).

tecnologia poderá ser, especialmente, utilizada para casos de reprodução assistida *post mortem*. Desse modo, eventual planejamento familiar¹¹⁵ que possa ser atravessado pelo infortúnio da morte terá, ainda, chance de ser executado, utilizando-se o material genético previamente criopreservado pelo casal.

5.4 A evolução das resoluções do Conselho Federal de Medicina

No Brasil, não existe legislação¹¹⁶ específica sobre reprodução assistida. Assim, as normativas ficam a cargo das Resoluções propostas pelo Conselho Federal de Medicina, cujo objetivo central é, manifestamente, regular a utilização das técnicas de reprodução assistida no país (LIONÇO; CASTRO, 2010). Acerca do conteúdo das resoluções, vale destacar:

Todos eles falam sobre os direitos e deveres de médicos e pacientes, além de fornecerem orientações específicas sobre os tratamentos. Também abordam situações específicas, como número de embriões transferidos a cada tentativa, doações de óvulos e espermatozoides, barriga solidária (conhecida como “barriga de aluguel”), pesquisas envolvendo material genético, congelamento de gametas, entre outros. (HOSPITAL SIRIO-LIBANES, 2017).

É importante salientar que, apesar dos avanços das resoluções publicadas, desde o ano de 1992, pelo Conselho Federal de Medicina, o atual cenário legal sobre o tema urge pela elaboração imediata de legislação específica acerca das técnicas de reprodução assistida. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet dispõe:

Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da

¹¹⁵ "No caso de o falecimento ser do marido, a esposa pode inseminar o material genético do marido morto, ou em caso de falecimento da esposa, o marido através de uma mãe de substituição gerar o material genético da esposa falecida". (PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; SILVA, Zilda Bueno dos Santos. **A Reprodução Artificial Post Mortem e seus aspectos Sucessórios**, 2018. p. 270).

¹¹⁶ Um dos poucos dispositivos normativos que tangenciam o tema da reprodução humana assistida é a Lei nº 11.105, sancionada pelo Presidente da República em 24 de março de 2005, intitulada Lei de Biossegurança. Nela, estão previstos dispositivos sobre organismos geneticamente modificados e pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. O único dispositivo que se refere ao debate acerca da reprodução humana assistida é o artigo 5º da Lei, que afirma ser permitida, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”. (NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil**. Revista de Bioética y Derecho, 2015. p. 67. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1886-58872015000200007>).

democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos à matérias com menor amplitude normativa. (SARLET, 2005, p. 34).

As colocações acima citadas indicam que as resoluções propostas pelo Conselho Federal de Medicina, embora fundamentais no atual cenário, mostram-se insuficientes para completar as lacunas legislativas existentes, que se refletem na ausência de parâmetros jurídicos na seara da reprodução assistida no Brasil.

É essencial destacar ainda que, apesar da importância das resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina, estas não são compreendidas como leis formais. Assim, sua aplicabilidade concentra, essencialmente, no âmbito da esfera da medicina e de seus profissionais. A respeito das resoluções, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves tecem importante consideração:

É importante destacarmos que uma resolução do CFM não pode inovar originariamente a ordem jurídica, pois deve se restringir ao papel regulatório do exercício da profissão médica. Inobstante isso, essas resoluções servem como parâmetro interpretativo para o Direito. Até porque as técnicas são uma realidade e a evolução da Medicina vem impactando o Direito, obrigando-o a pensar acerca da abrangência e dos limites das novas situações familiares. (SÁ; NAVES; 2018, p. 152).

Na mesma linha de raciocínio, são as lições de Beatriz Schettini:

Dessa forma, a questão vem sendo tratada e até certo ponto regulamentada no país desde a década de 90 por normas éticas médicas, oriundas do Conselho Federal de Medicina. Essas normas são as resoluções, que não possuem o caráter de lei formal, uma vez que não emanadas do Poder Legislativo, contendo apenas regras deontológicas destinadas aos médicos, quando da realização das técnicas de reprodução humana assistida. (SCHETTINI, 2015, p. 61).

A seguir, serão pesquisados os pontos centrais abordados em cada uma das resoluções do Conselho Federal de Medicina, desde a primeira delas, em 1992, até a mais recente, publicada em 2021. Insta salientar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar todas as alterações e discussões criadas a partir de cada uma das resoluções.

5.4.1 Resolução nº 1.358-1992

O *frisson* ocasionado pelo nascimento do primeiro "bebê de proveta" no Brasil, em 1984, não perdeu forças ao longo do tempo. Todas as mídias desde o jornalismo informativo até o conteúdo televisivo corriqueiro, apontavam para os rumos e consequências do avanço das tecnologias reprodutivas no país (LIONÇO; CASTRO, 2010).

Esse era, então, o contexto social e científico vivenciado pelos profissionais e demais envolvidos, o que impulsionou o Conselho Federal de Medicina¹¹⁷ a formular normas éticas visando traçar linhas regulatórias para o emprego das técnicas de reprodução assistida.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, no ano de 1992, publicou a Resolução nº 1.358. Na resolução de 1992, que ficou em vigência por, aproximadamente, 18 anos, buscou-se traçar contornos éticos sobre a prática clínica das técnicas de reprodução assistida. Sobre a resolução, são primordiais os destaques apontados por Tatiana Henriques Leite:

Foi uma resolução bastante tímida e representava basicamente o desejo dos médicos e outros profissionais de saúde que trabalhavam na área. Resumidamente, essa resolução proibiu a redução embrionária, a seleção de sexo, a transferência de mais de 4 embriões por ciclo (tentativa) e a destruição e comercialização de gametas e embriões. Por outro lado, permitiu a prática de congelamento e a realização de diagnóstico genético pré-implantacional (PGD). Foi omissa em todos os outros aspectos não mencionados, e por isso é considerada conservadora, ainda que para os padrões da época. (LEITE, 2019, p. 922).

Ainda assim, mesmo que de forma acanhada, as normas previstas na Resolução nº 1.358-1992 objetivaram organizar, dentro de determinados limites, a reprodução assistida, sendo a resolução estruturada nos seguintes tópicos: "Princípios gerais"; "Usuários das técnicas de RA"; "Referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA"; "Doação de gametas ou pré-embriões";

¹¹⁷ Como essência e inspiração das resoluções, o Conselho Federal de Medicina pautou-se em: "Agir sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos". (RÊGO, Iris Penna Rodrigues; FERREIRA, Livia Pena; AZEVEDO; Fabiano Uba; FRANÇA, Rafaela Ferreira. **Reprodução assistida: a evolução da ciência no campo da reprodução humana.** Teresina: Revista Saúde em foco, 2019. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/02/024_REPRODU%C3%87%C3%83O-ASSISTIDA-a-evolu%C3%A7%C3%A3o-da-ci%C3%Aancia-no-campo-da-reprodu%C3%A7%C3%A3o-humana.pdf>. p. 320).

“Criopreservação de gametas ou pré-embriões”; “Diagnóstico e tratamento de pré-embriões”; “Sobre a gestação de substituição (doação temporária do útero)” (BRASIL, CFM, 1992).

A atualização da Resolução de 1992, só veio a suceder 18 (dezoito) anos após a publicação desse primeiro documento – que já se mostrava substancialmente defasado – por meio da Resolução nº 1.957-2010. Sobre o descompasso entre as regras previstas na Resolução nº 1.358-1992 com a realidade científica e social, face ao longo período que esta permaneceu em vigor, Tatiana Lionço e Rosana Castro teceram as seguintes constatações:

Em uma análise das sessões dessa resolução, percebe-se uma tentativa de balizar a atividade médica quando da manipulação de gametas para fins reprodutivos. A utilização de técnicas médicas para realização de procedimento de fecundação abriu uma série de novas situações que impõem dilemas específicos, os quais demandam reflexão e regulamentação ética para além dessa resolução. Diversos aspectos do uso das novas tecnologias conceptivas, porém, encontram-se defasados nesse documento, como a assistência à reprodução para casais não-heterossexuais, a doação de embriões pré-implantados para pesquisa científica e clonagem humana. (LIONÇO; CASTRO, 2010).

5.4.2 Resolução nº 1.957-2010

No ano de 2010, surge o segundo compilado de normativas elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina. Dessa vez, além de apresentar contornos mais claros e definidos sobre o tema, o texto da resolução englobou 02 (duas) inovações que merecem destaque; sendo, a primeira, a evolução em relação aos direitos da família homoafetiva e, a segunda, a inclusão de normativa específica acerca do uso da reprodução assistida mesmo após a morte de uma das partes envolvidas (denominada de reprodução assistida *post mortem*).

Em relação à primeira inovação indicada na Resolução nº 1.957-2010, observa-se importante alteração face ao texto constante na resolução anterior. Assim, no tópico II, “Pacientes das Técnicas de RA”, ocorreu a substituição da expressão “Toda mulher”¹¹⁸, prevista na Resolução nº 1.358-1992, para o texto “Todas as pessoas capazes”¹¹⁹, na Resolução nº 1.957-2010.

¹¹⁸ “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 consciente em documento de consentimento informado”. (BRASIL, CFM, 1992).

¹¹⁹ “Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes

Ora, se na primeira resolução, de 1992, apenas mulheres capazes poderiam usufruir das técnicas de reprodução assistida como receptoras, a partir da resolução de 2010, ocorre a extensão a todas as pessoas capazes, o que possibilita a inserção de outras estruturas familiares.

Nesse sentido cabe, novamente, os ensinamentos de Tatiana Leite que descreve:

Em 1992 o público alvo para utilizar TRA era a mulher casada ou em união estável. A partir de 2010 o texto sofre modificações e todas as pessoas capazes passaram a ter o direito a utilizar as técnicas. O texto “toda pessoa capaz” é percebido de forma bastante ampla, significando que todas as pessoas com autonomia para exercer seus direitos e deveres, sem distinção de sexo, raça, condição socioeconômica, estado civil e orientação sexual pode fazer uso de TRA. (LEITE, 2019, p. 923).

A segunda inovação proposta pela resolução refere-se à previsão do uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, o que pode ser verificado no tópico VIII da mencionada resolução: “Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (BRASIL, CFM, 2010).

Nota-se, portanto, que a reprodução assistida *post mortem* possui previsão e autorização pelo Conselho Federal de Medicina desde a Resolução nº 1.957-2010.

5.4.3 Resolução nº 2.013-2013

Verificando a necessidade de delimitar importantes questões atreladas à ordem da ética médica e da bioética, acompanhando os avanços das técnicas de reprodução assistida, assim como os das mudanças do contexto social brasileiro, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina passaram a ser atualizadas com uma maior frequência, almejando, desse modo, evitar a defasagem das normas e, por consequência, o seu desuso.

Nesse sentido, Leandro Reinaldo da Cunha e Terezinha de Oliveira Domingos estabelecem um paralelo entre as constantes mudanças sociais e a fundamental atualização de legislações vigentes:

estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente”. (BRASIL, CFM, 2010).

A realidade da sociedade atual é bastante distinta daquela vivenciada em outros tempos, ante as constantes mudanças pelas quais o mundo passa neste peculiar período da humanidade em que inovações do mundo científico contrastam com ramos da coletividade que se mostram absolutamente moralistas e conservadores [...]. Estas mudanças na realidade das sociedades devem ser objeto de atenção por parte do legislador, a fim de garantir uma legislação vinculada com o seu tempo e em consonância com a realidade da população a ela sujeita, sob pena de manifesta afronta ao exercício pleno da atividade jurisdicional do Estado. (CUNHA; DOMINGOS, 2013, p. 274).

A partir da Resolução nº 2.013-2013, observa-se uma manifesta tendência a textos mais precisos, o que pode ser verificado, por exemplo, a respeito dos tópicos relativos ao direito assegurado às pessoas solteiras e às famílias homoafetivas¹²⁰. Há, também, importantes incorporações relativas às normativas para cessão de útero; fixação de idade no tocante à doação de gametas¹²¹; e quanto ao teto etário máximo para recepção de inseminação artificial¹²².

Sobre a Resolução nº 2.013-2013, destacam-se as lições de Beatriz Schettini:

A resolução 2013, publicada em 16 de abril de 2013, considera a infertilidade um problema de saúde e leva em conta os avanços da medicina na utilização das técnicas para possibilitar a reprodução humana. Referida resolução levou em consideração os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em 2011 sobre o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar através das ações: ADI 4277 e ADPF 132. (SCHETTINI, 2015, p. 61).

Outro ponto de destaque fica a cargo do item IX, que direciona, para o Conselho Federal de Medicina, a decisão acerca dos casos não previstos na resolução: "Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina" (BRASIL, CFM, 2013).

Insta ressaltar, por fim, que, em relação à reprodução assistida *post mortem*, o texto assume uma tendência mais direta, já que, em substituição à expressão "Não

¹²⁰ Observa-se, portanto, a mudança de redação entre a Resolução nº 1957-2010 e a Resolução 2.013-2013. Enquanto na primeira, a possibilidade de participação de grupos outrora excluídos, como mulheres solteiras e os casais homoafetivos, era, via de regra, apenas sugerida (não existindo norma clara a respeito); na segunda, torna-se perceptível a inclusão específica e objetiva da participação dos mencionados grupos no texto legal: "É permitido o uso de técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitando o direito da objeção de consciência do médico". (BRASIL, CFM, 2013).

¹²¹ "A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem" (BRASIL, CFM, 2013).

¹²² "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, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos". (BRASIL, CFM, 2013).

constitui ilícito ético" (BRASIL, CFM, 2010), presente na Resolução nº 1.957-2010, passou a constar, na Resolução nº 2.013-2013, a disposição: "**É possível desde que haja autorização prévia específica** do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente" (BRASIL, CFM, 2013) (destacamos).

5.4.4 Resolução nº 2.121-2015

Em comparação às resoluções anteriores, a Resolução nº 2.121-2015 não externou consideráveis novidades. Todavia, introduziu no tópico II, item 3, referência à permissão para gestação compartilhada¹²³ em casos de união homoafetiva feminina¹²⁴, bem como retirou a obrigação de doação dos embriões criopreservados para pesquisas de célula-tronco, como descrito no tópico V, item 4:

Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança. (BRASIL, CFM, 2015).

Em relação à reprodução assistida *post mortem*, em contraste com a resolução anterior, observa-se uma breve alteração de palavras, apresentando o novo texto (tópico VIII), a seguinte redação: "É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente" (BRASIL, CFM, 2015).

5.4.5 Resolução nº 2.168-2017

As alterações consagradas entre as Resoluções nº 2.121-2015 e 2.168-2017 são relativamente sutis.

¹²³ "Entende-se como gestação compartilhada em casais homoafetivos femininos o processo pelo qual uma das mulheres irá doar o óvulo, enquanto a outra irá gestar". (LEITE, Tatiana. **Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil**, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/MFFT6sywhctcKRqCp8c5fNWw/?lang=pt>>).

¹²⁴ "3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade". (BRASIL, CFM, 2015).

Um ponto que merece justa atenção é a redução do prazo para descarte de embriões promovida no tópico V, itens 4 e 5, da Resolução nº 2.168-2017. Com base em tais dispositivos, constata-se a dedução do prazo de 05 (cinco) para 03 (três) anos. Ademais, a resolução inseriu cláusula que contempla a conceituação de "embriões abandonados". Sobre o tema, vale frisar o seguinte trecho da resolução de 2017:

4. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados
 5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.
- Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica. (BRASIL, CFM, 2017).

No que concerne à reprodução assistida *post mortem*, o texto previsto no tópico VIII, da resolução de 2017, se manteve idêntico ao da resolução anterior (nº 2.121-2015). Nesse sentido, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves aduzem:

A Resolução CFM n. 2.168/2017 permite a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado (Capítulo VIII, assim como previsto nas antigas Resoluções CFM n. 2013/2013 e CFM n. 2.121/2015). A orientação é que os médicos devem obedecer a legislação vigente. (SÁ; NAVES, 2018, p. 165).

5.4.6 Resolução nº 2.294-2021

A mais recente revisão das normativas sobreveio com a publicação da Resolução nº 2.284-2021, ocorrida em junho de 2021.

Em relação ao novo texto, um primeiro destaque a ser constatado está relacionado ao grupo de indivíduos que poderão usufruir das técnicas de reprodução assistida. Nesse sentido, o conteúdo disposto no tópico II, item 2, em comparação às resoluções anteriores, procedeu às seguintes inserções: "2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros" (BRASIL, CFM, 2021).

O citado dispositivo não apenas ampliou o rol de legitimados ao uso das técnicas de reprodução assistida, como também, em convergência às garantias

fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988, conferiu tratamento igualitário a todos os pacientes interessados nas técnicas de reprodução assistida. Nesse sentido, foi suprimido do item 2, do tópico II, da atual resolução, o seguinte trecho previsto na Resolução nº 2.168-2017: "direito a objeção de consciência por parte do médico" (BRASIL, CFM, 2017).

Se, por um lado, a nova resolução trilha um caminho conferindo maior liberdade às partes (conforme previsto nos dispositivos supramencionados); por outro, seguindo uma via diametralmente oposta, a Resolução nº 2.284-2021 intervém diretamente na autonomia dos interessados ao estipular, de modo compulsório, a intervenção do Poder Judiciário quando do descarte de embriões.

Isso porque, como requisito para que ocorra o descarte de embriões, não se mostra mais suficiente a inequívoca manifestação de vontade das partes, sendo, agora, obrigatória, a autorização judicial:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial. (BRASIL, CFM, 2021).

Por fim, em relação à reprodução assistida *post mortem*, foi mantida incólume a previsão contida na resolução anterior: “É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (BRASIL, CFM, 2021).

5.5 Termo de consentimento livre e esclarecido

Desde a primeira resolução, proposta em 1992, já se observava a preocupação do Conselho Federal de Medicina em manter os pacientes cientes a par de todos os procedimentos e implicações advindas da escolha das tecnologias de reprodução assistida. Nesse sentido, com o objetivo de ilustrar o tema, cabe aqui, resgatar o item 3, do tópico I da Resolução nº 1.358-1992, que descreve os princípios gerais:

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 (BRASIL, CFM, 1992).

O termo de consentimento livre esclarecido (TCLE) configura-se, portanto, como o primeiro passo para que pacientes, médicos e laboratórios possam dar continuidade ao planejamento proposto. Subentende-se, assim, que, mediante sua leitura e assinatura, todos os envolvidos estarão elucidados a respeito da totalidade dos aspectos que abrangem as técnicas de reprodução assistida, sejam elas de ordem médica, legal, biológica ou financeira.

Ademais, o termo de consentimento livre esclarecido, em uma sociedade fundada na democracia e na liberdade dos indivíduos, traduz-se na máxima expressão da autonomia privada da parte, que por meio dele, poderá, de acordo com sua vontade e planejamento familiar, apontar os caminhos que deverão ser percorridos. Nesse sentido cabe destacar os ensinamentos de Juliane Fernandes Queiroz:

O Termo de Consentimento Informado é o instrumento pelo qual os indivíduos manifestam a sua vontade e exercem a sua autonomia na escolha de determinada situação pessoal. Avulta extremamente importante nas questões de cunho reprodutivo medicamente assistido. (QUEIROZ, 2015, p.172).

Insta ressaltar que o termo de consentimento livre esclarecido deve apresentar uma linguagem clara e direta, contemplando os procedimentos, a advertência sobre os riscos, as vantagens e desvantagens do programa, as responsabilidades das partes, e, notadamente, a manifestação de vontade das partes envolvidas, assim como a das testemunhas que irão validar o termo firmado (CARVALHO; NILO, 2019).

É importante articular que o documento, por si só, não exclui a essencial relação que deve existir entre médicos e pacientes. O diálogo entre ambos será essencial para que os interessados tenham plena compreensão e convicção em relação ao tratamento, às chances de sucesso e insucesso, às possíveis

complicações e, mesmo quanto ao alcance do conteúdo expresso no próprio termo de consentimento. Nessa seara, insta salientar as argumentações de Amanda Albertoni Bazzaco, Pamela Olivieri Valelongo, Ivan Dieb Miziara, Caio Parente Barbosa:

(...) a ideia original do TCLE de assegurar a autonomia de escolha àquele que se submete a tratamento ou procedimento não deve ser desvirtuada, de forma que a informação e o esclarecimento sejam priorizados. A discussão com o profissional de saúde, em suma, uma relação médico-paciente verdadeira e humanizada, não pode ser substituída pela simples assinatura de um termo de compromisso contratual. Este documento, por suas características peculiares e importância, deve ser separado de qualquer outro papel que a paciente tenha que assinar – e esta assinatura exige, previamente, ampla discussão sobre todos os aspectos técnicos, éticos e morais envolvidos no procedimento (BAZZACO; VALELONGO; MIZIARA; BARBOSA, 2014, p. 140)

O termo de consentimento livre esclarecido será fundamental para a realização da reprodução assistida *post mortem*¹²⁵, uma vez que, conforme previsto no artigo 1.587, III do Código Civil e do tópico VIII da Resolução nº 2.284-2021, para que seja conferida continuidade ao mencionado procedimento reprodutivo, o(a) falecido(a), obrigatoriamente, deverá ter deixado autorização específica.

¹²⁵ “Em todos os casos de reprodução assistida, o instrumento hábil para a emissão de vontade, fixadora do elo filial, é o denominado termo de conhecimento informado. Termo de consentimento informado é, de maneira simplificada, o documento assinado pelos futuros pais no qual declaram conhecer o procedimento procriativo artificial ao qual vão se submeter – seus riscos, custos e as intervenções médicas e farmacológicas que abrangem – e as responsabilidades daí oriundas. Uma vez concedido, somente pode ser revogado, expressamente, até a efetiva concepção e implantação embrionária ou, presumidamente, com a morte do declarante”. (ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, WALDIR EDSON. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012. p. 362).

6 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 revelou ser um símbolo de transformação no direito brasileiro. Uma nova perspectiva, baseada na democracia, na igualdade e na dignidade da pessoa humana, foi apresentada à comunidade jurídica.

A ruptura com um passado recente, até então baseado no patrimonialismo, na hierarquia e em tabus discriminatórios, promoveu o início de um novo modo de pensar e agir nos mais diversos ramos do Direito¹²⁶. Tais impactos afetaram, diretamente, as estruturas familiares¹²⁷ e todos os reflexos atinentes a essas, incluindo os sucessórios.

A mudança de rota proporcionada pela Constituição pode ser medida através dos novos princípios constitucionais – ou, mesmo, por intermédio da releitura de princípios clássicos. Segundo Dimas Messias de Carvalho:

O Direito da Família obteve tratamento e atenção privilegiada na Constituição Federal de 1988, ao regular as relações humanas e pressupor a pessoa humana como valor fundamental de todo o ordenamento, protegendo e amparando a família como base central da sociedade. O respeito ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade também está expresso na forma de constituição da família, no planejamento familiar e no respeito individual aos valores de cada um de seus membros, assegurando plena assistência a cada um deles, individualmente, conforme disposto no art. 226 e §§ 7º e 8º. (CARVALHO, 2015, p. 80).

Ainda nessa linha de argumentação, são essenciais os esclarecimentos realizados por Sílvio de Salvo Venosa:

Em nosso país, a Constituição federal de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de

¹²⁶ “O modelo igualitário da família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior. O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiraram o marco regulatório estampados nos arts. 226 a 230 da Constituição de 1988”. (LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 30).

¹²⁷ Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, “a Constituição da República deu linhas mestras de alguns dos principais institutos de direito privado, principalmente do direito de família, mas não ao ponto de dispensar uma regulamentação mais ampla dos institutos do direito civil por um novo Código”. (MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26).

família, os mais humanos dos direitos, como a proteção às pessoas dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, §5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. art. 227, §6º). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, §7º). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição. (VENOSA, 2014, p. 7).

Nesse diapasão, torna-se primordial analisar o novo complexo principiológico¹²⁸ retratado no texto constitucional, sob o prisma do direito civilista, notadamente no tocante às entidades familiares e às regras sucessórias¹²⁹.

Ademais, o estudo dos princípios¹³⁰ da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos, do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e da autonomia privada será essencial para decifrar os rumos da reprodução assistida *post mortem*, notadamente em função da ausência de legislação específica acerca do tema.

¹²⁸ “Os textos legislativos (regras) não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família. Nem mesmo o Código Civil, em vigor a partir de 2003, contempla todas as indagações e inquietações do Direito de Família contemporâneo. A vida e as relações sociais são muito ricas e amplas do que é possível conter numa legislação. Os costumes, como uma importante fonte do Direito, vão impulsionando os operadores do Direito para uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-os a buscar em outras fontes do Direito os elementos necessários àquilo que mais se aproxima do justo. Entre todas as fontes do Direito, nos “princípios” é onde se encontra melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do Direito de Família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizados”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 57-58).

¹²⁹ Conforme Maria Berenice Dias, “é no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e que não podem se distanciar da atual concepção da família, com sua feição desdobrada em múltiplas facetas”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015. p. 43).

¹³⁰ Nesse ponto, insta ressaltar os dizeres de Flávio Tartuce: “Como se sabe, na realidade pós-positivista, os princípios constitucionais ganharam um novo papel, plenamente aplicáveis às relações particulares. Dos princípios gerais do Direito saltamos à realidade dos princípios constitucionais, com emergência imediata. Justamente por isso é que muitos dos princípios do atual Direito de Família brasileiro encontram *substactum* constitucional”. (TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família. Breves Considerações**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2006. p. 2. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+\(1\)>](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasil+eiro+(1)>)>).

6.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 conferiu um enorme destaque à dignidade da pessoa humana. Conforme pode ser verificado no artigo 1º, este foi concebido como um dos pilares (um dos fundamentos centrais) do Estado Democrático de Direito¹³¹:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade da pessoa humana¹³² é, portanto, elevado a princípio basilar¹³³ e fulcral, do qual serão irradiadas as demais legislações, princípios e regras – sendo compreendido como um norte, um caminho a ser observado e seguido pelos operadores do direito. Conforme lições de Rodrigo da Cunha Pereira, “[...] a dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade” (PEREIRA, 2012, p. 114). Nessa linha de conhecimento, Renan Paes Felix expõe que a dignidade da pessoa humana, “constitui-se em norma jurídico-positiva dotada de eficácia e assumiu a condição de valor jurídico fundamental da comunidade” (FELIX, 2013, p. 27).

Para Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva:

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conjunto de valores atribuídos ao ser humano. Dentro dos direitos e garantias, destaca-se o direito à vida, ao nome, à personalidade, à família, educação, moradia, saúde, assistência médica e emprego. É um princípio muito amplo, podendo ser entendido como princípio máximo. (PEREIRA; SILVA, 2018, p.280).

¹³¹ “É o princípio maior, fundante do Estado democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional”. (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2015. p. 44).

¹³² Também denominado pela doutrina como macroprincípio, princípio máximo, ou mesmo princípio fundante.

¹³³ “A Constituição Federal de 1988, ao fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de princípios, subprincípios e regras, que procuraram concretizá-lo evidenciando os efeitos que deste devem ser extraídos”. (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 32).

A dignidade da pessoa humana, a partir do texto constitucional, torna-se uma marca de toda a transformação desenvolvida no direito. Percebe-se, de imediato, uma passagem de um modelo concentrado essencialmente na esfera patrimonial (na busca incessante do *pater* no acúmulo de bens) para uma nova estruturação centrada na valorização do ser humano, nos seus interesses, nas suas individualidades, sendo vedado todo e qualquer tratamento discriminatório, excludente e indigno. Nesse ponto, insta destacar o paralelo, estabelecido por Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, entre os princípios do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana, no tocante à valorização do indivíduo e do desenvolvimento de sua personalidade: “na defesa da dignidade, há que se reconhecer, prioritariamente, que todo ser humano tem sua personalidade – entendida como característica individualizadora – e a necessidade de plenamente desenvolvê-la” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 41).

O novo modelo familiar – desmatrimonializado, democrático e igualitário – apresenta, como características marcantes, o reconhecimento de seus membros, a liberdade de agir, a implementação de seus sonhos, suas aspirações e seus direitos. Para Paulo Lôbo, a entidade familiar “está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização de seus membros” (LÔBO, 2017, p. 55). Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Leandro dos Santos Guerra:

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem a despatrimonialização e a repersonalização das relações de família, substituindo-se a ênfase no tratamento das relações patrimoniais entre cônjuges, companheiros e parentes pela valorização de aspectos existenciais, procurando-se garantir, acima de tudo, o direito da personalidade de cada membro do grupamento familiar. A dignidade da pessoa humana, alçada no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico brasileiro, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, o que justifica a ordem constitucional no sentido de que o Estado dê especial e efetiva proteção às famílias, independentemente de sua espécie. (GAMA; GUERRA, 2007, p. 157).

A dignidade da pessoa humana é garantida, inclusive, ao conferir a plena liberdade para que a pessoa possa escolher se pretende ou não constituir família, o modelo familiar a ser estabelecido (face ao pluralismo de entidades familiares propiciado desde a Carta Magna), o interesse em gerar filhos, constituindo, assim, o vínculo de filiação, dentre outras tomadas de decisões no campo familiar.

Nota-se que a dignidade da pessoa humana deve ser garantida no tocante aos aspectos atrelados à reprodução (nas suas mais diversas formas e vinculações – jurídica, biológica e socioafetiva), devendo ser observada, inclusive, quando do emprego de técnicas de reprodução assistida, ainda que *post mortem*.

Especificamente em relação à escolha e ao uso das técnicas de reprodução assistida (incluindo a possibilidade *post mortem*), somente através da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é que, verdadeiramente, estarão sendo respeitados o interesse, a vontade e os direitos de todos os envolvidos, ou seja, dos genitores e, especialmente, dos filhos.

No que tange ao tema, são valiosas as ponderações tecidas por Juliane Fernandes Queiroz:

A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana nas situações subjetivas oriundas da procriação *post mortem* deve ser visualizada em duplo ângulo de sujeitos: tanto da parte dos genitores, quanto da parte dos concebidos por meio de tal técnica, sendo a tutela conferida a todos os envolvidos, indistintamente. (QUEIROZ, 2015, p.163).

A dignidade – traduzida, nesse caso, como o respeito ao indivíduo, ao tratamento igualitário entre filhos, ao livre planejamento familiar – deverá estar resguardada, em relação aos direitos ligados à vontade pais, assim como àqueles atinentes à posição de filho, mesmo quando a instituição do vínculo de filiação for originária de técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

6.2 Princípio da igualdade entre filhos

A partir da Carta Magna de 1988, o princípio da igualdade perpassou por uma nova releitura, sendo, desde então, expresso em diferentes valências¹³⁴ – seja na igualdade entre homens e mulheres; na igualdade entre filhos; ou, mesmo, no tratamento igualitário que deve ser empregado em relação à pluralidade de entidades familiares. No novo contexto pós Constituição Federal de 1988, a

¹³⁴ Para Fernanda Otoni de Barros, “o princípio da igualdade que norteia a Constituição de 1988 promoveu a isonomia de direitos, o que produziu uma revolução no direito de família, pois atribuiu à mãe direitos iguais aos do pai na administração da família, guarda e manutenção da estrutura familiar e extinguiu qualquer ação discriminatória no que diz respeito aos filhos”. (BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai - A paternidade no Tribunal e na Vida**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 62).

igualdade, segundo José Afonso da Silva, “[...] constitui o signo fundamental da democracia” (SILVA, 2019, p. 213).

A valorização da igualdade na sociedade após a Carta Magna de 1988 pode ser, inclusive, observada no próprio texto constitucional; afinal, ela foi elevada à categoria de direitos e garantias fundamentais, ensejando, por consequência, um novo horizonte a ser observado e cumprido na realidade do direito, especialmente na esfera familiar. Seguindo essa linha de interpretação, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf prelecionam que:

[...] quanto ao princípio da igualdade, previsto no art. 5º, I da CF, foi elevado ao status de direito fundamental, e operou imensa transformação no direito de família, mormente no que concerne à igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares, rompendo, assim, como os fundamentos da família tradicional, principalmente quando se trata da legitimidade familiar. (MALUF; MALUF, 2013. p. 68).

O novo olhar conferido à aplicação do princípio da igualdade enseja, por conseguinte, o cumprimento, a observância e a máxima exteriorização dos preceitos previstos no princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, como conferir a dignidade sem a presença da igualdade? A respeito do presente questionamento, são pertinentes as lições de Carmem Lúcia Antunes Rocha, citadas por José Afonso da Silva:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar da sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental. (ROCHA apud SILVA, 2019, p. 216).

Ultrapassado esse breve introito, urge adentrar o primeiro campo de aplicação do aludido princípio.

A Constituição Federal, no *caput* e no inciso I do artigo 5º, assim como no artigo 226, §5º¹³⁵, estabeleceu a igualdade, de direitos e obrigações entre gêneros,

¹³⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. (BRASIL, 1988).

entre homens e mulheres¹³⁶, o que significa uma completa ruptura com o modelo social e familiar prevalente ao longo do século passado (durante boa parte da vigência do diploma civilista de 1916), baseado no *pater* poder, passando para um novo arquétipo formatado no poder familiar. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF 5º): todos são iguais perante a lei. E foi além, de modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF 5º I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal (CF 226 5º). Assim, é a carta constitucional o grande artífice do princípio da isonomia no direito das famílias. (DIAS, 2015, p. 47).

No tocante à sistemática de pluralidade de entidades familiares inserida na Carta Magna, a igualdade é vital no reconhecimento e no tratamento conferido aos novos modelos familiares (não mais restrito à figura do casamento).

Conforme estabelecido nos artigo 226, §§1º ao 4º¹³⁷ do texto constitucional, novas entidades familiares são admitidas no ordenamento jurídico, sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório. Como entidades familiares, todas merecem o reconhecimento e a proteção conferida pelo Estado, não existindo, portanto, uma modalidade hierarquicamente superior à outra. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira expõe que os “novos tipos de agrupamento humano marcados por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos hão de ser considerados como novas “entidades familiares” a serem tuteladas pelo direito” (PEREIRA, 2007, p. 39).

Por fim, como último espectro a ser abordado acerca da aplicação do princípio da igualdade, sendo este essencial para o objetivo proposto na presente pesquisa, tem-se a tão almejada conquista concernente à igualdade entre filhos.

¹³⁶ “Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 219).

¹³⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (BRASIL, 1988).

Em conformidade ao que foi explanado no segundo capítulo, é possível constatar que, durante a vigência do Código Civil de 1916, o tratamento conferido aos filhos não era igualitário, pelo contrário, uma marca desse período era a discriminação em face da filiação, sendo o critério causador da diferenciação o nascimento ou não em um núcleo matrimonializado (até então, único modelo familiar reconhecido no ordenamento jurídico).

Essa distinção notabilizou-se como uma das mais tristes páginas da história das famílias; com filhos, em função de sua origem, sendo tratados de modo distintos, não tendo assegurados os seus direitos e as suas garantias fundamentais.

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 5º e no §6º do artigo 227 (conteúdo este que foi replicado no artigo 1.596 do Código Civil de 2002), enfim rompeu com as antigas legislações e “tradições” sociais, vedando qualquer possibilidade de tratamento diferenciado entre filhos, não importando sua origem, ou mesmo o critério de vinculação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
[...]

§ 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. (BRASIL, 1988).

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 2002).

Esse novo cenário se apresenta como mais um elemento configurador de uma nova dinâmica familiar. Agora, se o filho é oriundo de um casamento, de uma união estável, de um namoro, de um relacionamento eventual, de um processo de adoção, ou de técnicas assistidas de reprodução (sejam homólogas ou heterólogas), dentre outras possibilidades, ele terá preservado todos os seus direitos.

As novas linhas que guiam a família contemporânea são, portanto, fundadas no respeito, na diversidade e na quebra com práticas discriminatórias e excludentes. Sobre o tema, Alexandre Cortez Fernandes dispõe:

Para o direito brasileiro estão preservados os tratamentos igualitários de todos os filhos, independentemente das causas que tenham determinado a filiação. Estão vedados terminantemente adjetivações que venham a distinguir o estado familiar do filho a partir da situação pessoal dos pais entre si ou em face das normas que regem as uniões entre homem e mulher de que podem resultar filhos, bem como em face da existência ou não de parentesco sanguíneo decorrente da filiação. (FERNANDES, 2015, p 69-70).

Para Flávio Tartuce, a nova concepção de igualdade perante a filiação gera, necessariamente, mudanças tanto na relação pessoal como também na patrimonial, pois “isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei” (TARTUCE, 2006, p. 8).

Como pode ser inferido das lições supradestacadas, o princípio da igualdade não pode ser suprimido do instituto da filiação e, por consequência, dos reflexos advindos de tal vinculação. Desse modo, a aplicação das técnicas de reprodução assistida *post mortem* não apenas irá interferir na esfera pessoal – face ao reconhecimento da condição de filho –, como, também, irá ecoar no âmbito patrimonial, particularmente no universo do Direito das Sucessões – fazendo *jus*, o filho, à participação na herança do(a) genitor(a) falecido(a).

6.3 Princípio do livre planejamento familiar

A Constituição Federal, apoiada na dignidade da pessoa humana, na liberdade e na igualdade, determinou, no corpo do §7º, do artigo 226¹³⁸ (conteúdo este replicado no §2º, do artigo 1.565 do Código Civil), a aplicação do princípio do livre planejamento familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...]

¹³⁸ “A norma constitucional se refere ao planejamento familiar que deverá ser fundado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável”. (VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 45).

§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. (BRASIL, 1988).

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002).

Desse modo, o casal passa a ter plena e efetiva liberdade na tomada de decisões em prol do núcleo familiar e de seus integrantes. Não se trata de um “poder” ditatorial, baseado em caprichos ou mesmo em interesses egocêntricos. Na realidade, busca-se alcançar a valorização da entidade familiar (em quaisquer das suas estruturações) e de seus membros.

O livre planejamento familiar está presente desde a tomada de decisão referente ao modelo familiar a ser instituído pelo casal até, por exemplo, a escolha de gerar ou não um filho. A respeito da opção do casal sobre ter ou não filhos, Rose Melo Vencelau enfatiza que “[...] uma vez permitido o planejamento familiar, inclusive com fomento estatal, a decisão de ter filhos é livre de total responsabilidade de quem os detêm [...]” (VENCELAU, 2004, p. 45).

Sobre o tema, destacam-se as lições de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Por esta razão, a Constituição, em seu art. 226, §7º, positivou que o planejamento familiar é livre decisão do casal, aguçando, ainda mais, o caráter construtivo da relação parental. São os pais quem devem decidir se querem ter filhos ou não e, em caso afirmativo, quantos filhos desejam ter. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p.37).

Caso opte pela filiação, caberá ao casal tomar decisões concernentes ao exercício do poder familiar, à criação, à educação, ao desenvolvimento, ao auxílio material e emocional, dentre diversas outras situações corriqueiras e essenciais no amadurecimento da relação entre pais e filhos¹³⁹. A autora Juliane Fernandes Queiroz assim dispõe sobre o tema:

¹³⁹ Sobre o tema, insta ressaltar o conteúdo do art. 229 da Constituição Federal:

Portanto, consagrado o Princípio da Responsabilidade, revela-se o binômio liberdade e responsabilidade, já que a liberdade de escolha traz, como consequência, a responsabilidade que deriva de seu exercício. Aliás, liberdade não significa indiferença ou ausência de uma responsabilidade moral. Antes, impulsiona a revisão moral minuciosa das facetas que envolvem o ato em si.

O dito popular resume bem esse conceito: “colhemos aquilo que plantamos”. A responsabilidade age dessa forma e o ser humano não pode evitar as consequências de suas atitudes, portanto, a precaução e a consciência na tomada de decisões são imprescindíveis para que as implicações sejam coerentes com os anseios e expectativas. (QUEIROZ, 2015, p. 181-182).

Ainda como sustentáculo do planejamento familiar, está previsto, no texto constitucional, o princípio da paternidade responsável. O termo “paternidade”, nesse caso, não condiz com a realidade das entidades familiares contemporâneas, afinal, trata-se não apenas da paternidade, como também da maternidade responsável. Assim, a utilização da palavra paternidade deve ser compreendida amplamente, não permanecendo restrita somente à figura do pai. Como já destacado em outros momentos do presente estudo, o poder familiar é exercido igualmente pelo casal, pois que a figura do *pater* poder foi ceifada pela Carta Magna de 1988.

A paternidade/maternidade responsável está intimamente conectada à sensatez, ao discernimento e ao equilíbrio na tomada de decisão em prol dos filhos. A liberdade conferida aos pais é, ao mesmo tempo, revertida na cobrança e no dever de cuidado, de zelo e de atenção que deve ser conferido à prole. Para Rodrigo da Cunha Pereira:

A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade e da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar. (PEREIRA, 2012, p. 245).

“Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 1988).

Assim, conceber o livre planejamento familiar implica, inevitavelmente, na compreensão da configuração das responsabilidades atinentes ao exercício das funções¹⁴⁰ inerentes a um pai e a uma mãe. O que para o jurista Fábio Ulhoa Coelho pode ser traduzido como:

À ingente responsabilidade que os pais têm devem corresponder os meios para cumpri-la. Por isso, a família se organiza com a atribuição a eles de um poder, que exercem sobre os filhos. Justifica esse poder o adequado cumprimento das funções associadas à paternidade e maternidade. É um simples instrumento para a realização dos objetivos de preparação dos filhos para a vida; objetivos que a sociedade reserva aos pais, e espera sejam atendidos, na formação de seus membros. (COELHO, 2010, p. 199).

A respeito dos filhos, o planejamento familiar vai englobar não apenas a decisão¹⁴¹ do casal em aceitar o desafio de percorrer a bela maratona da filiação¹⁴², como também a forma pela qual esta será originada. E a escolha, em virtude de diversos fatores, poderá estar relacionada com o emprego de técnicas de reprodução assistida.

Em face desse cenário, os princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável não consistiriam, então, no alicerce, na base e na fundamentação para a efetivação da filiação por intermédio do uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*? Afinal, o casal possui ou não liberdade para tanto? E mais, o planejamento e as decisões tomadas em vida não poderiam ser aplicados após a morte de um dos pais?

¹⁴⁰ Conforme Rodrigo da Cunha Pereira: “O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 246).

¹⁴¹ Segundo Alexandre Cortez Fernandes: “Deve ficar bem compreendido que o planejamento familiar não se configura numa modalidade de planejamento populacional, uma vez que a Lei entroniza o planejamento familiar como um ato do casal, da família, e nunca como uma política pública destinada a determinado grupo social”. (FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul: Educs, 2015. p. 77).

¹⁴² Sobre o tema, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho preleciona: “O planejamento familiar é de livre deliberação do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, nos termos do artigo 226, § 7º, da Magna Carta, vedada qualquer forma coercitiva, para o exercício desse direito, por parte de instituições oficiais ou privadas.

[...]

Nos termos da legislação supramencionada entende-se por planejamento familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta iguais direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, enquanto, no plano governamental, o planejamento familiar deverá ser dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas”. (ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. p. 16. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgMk0AJ/fecundacao-artificial-post-mortem-direito-sucessorio>).

6.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

É certo que o grupo composto por crianças e adolescentes necessita de um olhar específico, de cuidados próprios, de um tratamento condizente com a sua peculiar situação de desenvolvimento. A família, a comunidade, a sociedade e o Estado, dentro de suas atribuições, precisam criar mecanismos para efetivar os direitos desse público. As necessidades, a inocência, a esperada imaturidade, a ausência de meios de defesa e a própria pureza evidenciam a indispensabilidade do tratamento específico e prioritário que deve ser conferido às crianças e aos adolescentes.

Ocorre que, no Brasil, tais cuidados não foram, necessariamente, prioridades no aspecto social e, até mesmo, legal. Um simples vislumbre a um passado não tão distante permite a constatação de que crianças e adolescentes ocupavam papéis de meros coadjuvantes na esfera social.

Ora, no modelo familiar patriarcal, crianças e adolescentes, oriundas de relacionamentos que não o matrimonial, possuíam seus direitos devidamente reconhecidos e aplicados? E mesmo quando oriundas de um casamento, suas vontades e seus interesses eram prioritários? A resposta para ambos os questionamentos, e para vários outros que poderiam ser formulados, é simples e objetiva: “não”! A presente constatação não implica na total inexistência de regras, até então, em prol de crianças e adolescentes¹⁴³, mas no trato, na concepção que existia em face deles. Crianças e adolescentes não eram contemplados como sujeitos de direitos, mas como “objetos” carentes de proteção (há, claramente, uma notória diferença).

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, prevalecia, no ordenamento jurídico brasileiro, em relação a crianças e adolescentes, a doutrina da situação irregular (consolidada no antigo Código de Menores – Lei nº 6.697/1979)¹⁴⁴.

¹⁴³ A Constituição de 1937 é um exemplo cristalino de normas em prol do público infanto-juvenil. E, assim como ela, outros regramentos buscavam abarcar tal temática. A crítica existente é face ao enfoque conferido à criança e ao adolescente.

¹⁴⁴ A título exemplificativo, vale observar o texto disposto no artigo 2º do, já revogado, Código de Menores:

“Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

A mencionada doutrina era restritiva, de aplicação específica aos casos de crianças e adolescentes considerados em situação irregular – seja na esfera do abandono, seja no cometimento de atos infracionais. Logo, a normatização vigente não apresentava uma aplicação ampla, universal, para todos, sendo executada em circunstâncias específicas. Nesse ponto, é extremamente salutar apresentar a leitura desenvolvida por Andréa Rodrigues Amin:

Não era uma doutrina garantista, até porque não enunciava direitos, mas apenas predefinia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, "apagando-se incêndios". Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do Poder Público construção de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não encontrarem previsão no código menorista, não eram, em princípio, passíveis de tutela jurídica. (AMIN, 2019, p. 64).

A Constituição Federal de 1988, diante do cenário descrito, surgiu como um oásis para crianças e adolescentes. Seguindo com a série de transformações proporcionadas pelo texto constitucional, uma nova conjuntura, rompendo com os paradigmas até então vigentes, foi adotada. A partir desse momento, não mais se debate a doutrina da situação irregular, a Carta Magna firma suas bases em um novo contexto, baseado na valorização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Esse novo cenário culminou com a implementação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, esculpida no *caput* do artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

-
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
 - II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
 - III - em perigo moral, devido a:
 - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
 - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
 - IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
 - V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
 - VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial". (BRASIL, 1979).

É nítida a mudança conceitual. Crianças e adolescentes tornaram-se prioridade para a família, a sociedade e o Estado.

A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente¹⁴⁵, diferentemente da anterior, foi construída para todos, não ficando a sua aplicação restrita somente para casos excepcionais. A nova era que advém da Carta Magna busca sedimentar, para o público infanto-juvenil, direitos e valores essenciais para o desenvolvimento sadio e seguro¹⁴⁶. Sobre a nova doutrina Guilherme Freire de Melo Barros assim expõe:

A Lei tem o objetivo de tutelar a criança e o adolescente de forma ampla, não se limitando apenas a tratar de medidas repressivas contra seus atos infracionais. [...] Enfim, por proteção integral deve-se compreender um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente. (BARROS, 2019, p. 25).

Como expoente dessa nova cultura jurídica¹⁴⁷, destaca-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente – também denominado de princípio do interesse superior da criança e do adolescente –, que traduz, fielmente, a mudança da conduta social e jurídica frente aos interesses da população infanto-juvenil. As

¹⁴⁵ "Coroando a revolução constitucional que colocou o Brasil no seleto rol das nações mais avançadas na defesa dos interesses infantojuvenis, para as quais crianças e jovens são sujeitos de direito, titulares de direitos fundamentais, foi adotado o sistema garantista da doutrina da proteção integral.

[...]

Trata-se de um novo modelo, universal, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento". (AMIN, Andréa Rodrigues. *In*: MACIEL, Kátia Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 56-57).

¹⁴⁶ Sobre o tema, seguem as colocações de Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá: "É desafiador enfrentar o princípio do Melhor Interesse e a doutrina da Proteção Integral ao mesmo tempo em que se busca desvendar o mundo da criança e do adolescente, em suas múltiplas vivências e significados. É claro que podemos partir de nossas próprias memórias e experiências para adentrar nesse espaço verdadeiramente novo, no qual as informações, que chegam aos ouvidos e às mentes dos que ainda não ultrapassaram os dezoito anos, não lhes são transmitidas apenas na família e na escola. Pais e professores – os educadores de ontem e hoje – concorrem com outros centros de informação que ora reforçam, ora contradizem aquilo que eles ensinaram como certo e errado. De outro lado, reconhece-se à criança e ao adolescente a possibilidade de participar das decisões relevantes para sua própria vida, noutras palavras: a voz infanto-juvenil tornou-se socialmente relevante e juridicamente protegida". (LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 1).

¹⁴⁷ Segundo Heloisa Helena Barboza, "Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico, como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto constitucional". (BARBOSA, Heloísa Helena. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 112).

crianças e os adolescentes, enquanto filhos, passam a receber tratamento digno, saindo do polo passivo da relação paterno/materno-filial e, por consequência, tornando-se o centro dos núcleos familiares.

A respeito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Elpídio Donizetti e Felipe Quintella informam que “[...] a criação e a educação dos menores deve ser promovida pelos pais com base no interesse dos filhos, e não deles próprios” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2013, p. 911). Seguindo tal premissa, Rodrigo da Cunha Pereira esclarece:

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram, em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento. (PEREIRA, 2012, p. 149).

O melhor interesse da criança e do adolescente torna-se, portanto, um caminho a ser, obrigatoriamente, percorrido, seja nas relações entre particulares, ou mesmo no tocante a decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Vivencia-se, agora, um modelo social estruturado em prol do público infanto-juvenil. Essa nova realidade estendida aos filhos, dentro de um núcleo familiar, foi muito bem ressaltada por César Fiuza ao dispor que “Em nossos dias, a concepção que se tem da relação entre pais e filhos menores é, como se diz, filhocentrista” (FIUZA, 2004, p. 926).

Como símbolo da confirmação da mudança na atenção conferida à esfera infanto-juvenil, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90)¹⁴⁸

¹⁴⁸ Acerca da proteção das crianças e adolescentes, assim como na implementação da doutrina da proteção integral, vale salientar os seguintes artigos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

[...]

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

[...]

que, seguindo as diretrizes previstas na Carta Magna, regulou, de modo sistêmico, dentre outros temas, as garantias e os direitos das crianças e adolescentes, bem como as suas relações com a família, a comunidade, a sociedade e o Estado.

Verificando, portanto, toda essa indispensável e imperiosa transição no tocante ao tratamento conferido as crianças e adolescentes, torna-se simples concluir que o tratamento conferido aos filhos – baseado no princípio da igualdade – não pode apresentar qualquer traço de discriminação.

Desse modo, não há espaço, na atual conjuntura jurídica e social, para diferenciação em relação à prole, mesmo nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*.

6.5 Princípio da autonomia privada

O novo olhar conferido ao Direito de Família, após a Constituição Federal de 1988, conferiu importante valorização às garantias e interesses do núcleo familiar, assim como aos seus membros. Todo um novo complexo principiológico foi adotado em prol das entidades familiares. O Direito de Família migra de uma estrutura extremamente patrimonializada e hierarquizada para um núcleo democrático, igualitário, baseado no afeto e no respeito à liberdade e à individualidade de seus integrantes.

A liberdade e a autonomia conferida aos interesses da entidade familiar e de seus componentes estão diretamente ligadas a uma nova posição de intervenção mínima do Estado frente às famílias.

Sob esse novo prisma – intervenção mínima –, caberá ao ente público permanecer assistindo às famílias, porém, somente intervindo diretamente quando necessário para fazer cumprir direitos e garantias fundamentais. Sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira, ao narrar o papel do Estado, expõe que:

Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

[...]

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

[...]

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;”. (BRASIL, 1990).

A intervenção do Estado deve apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias a manutenção do núcleo afetivo. (PEREIRA, 2012, p. 182).

Nessa mesma temática, insta salientar a posição apresentada por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Ao Estado caberá, uma vez garantidos os limites da ordem pública, assegurar à família as condições básicas de livre exercício de suas opções, possibilitando assim, a realização do projeto parental em cada unidade familiar. É este o fator realmente importante para a atual configuração da família quando o assunto é filiação. A liberdade no planejamento familiar mereceu proteção constitucional, através do art. 226, §7º. Liberdade, autonomia privada, afetividade, melhor interesse do menor são os novos imperativos da família [...]. (SÁ; TEIXEIRA, 2005, p. 32).

Essa nova construção, posterior à Carta Magna de 1988, vem apresentando gradativos avanços no processo de intervenção mínima nos seios familiares, conferindo, assim, uma maior autonomia para os núcleos e seus membros.

Porém, ao mesmo tempo em que há uma releitura sobre a intervenção do Estado em relação às entidades familiares, ainda existem dispositivos legais que apontam para o caminho oposto, ou seja, de intervenção maciça do Estado em determinados temas e áreas do Direito de Família – a título exemplificativo, destacam-se, no diploma civilista, as previsões contidas nos artigos 1.600; 1.602; 1.641, II; 1.707, entre outros¹⁴⁹.

Trata-se de um momento de adaptação aos novos conceitos, às novas demandas e anseios das entidades familiares e de seus participantes. A Emenda Constitucional nº 66/2010¹⁵⁰ é um excelente exemplo da redução da intervenção do Estado e, por conseguinte, da ampliação da autonomia privada dos indivíduos (afinal, foi conferido às partes, o direito de optar, a qualquer momento, por pleitear o

¹⁴⁹ “Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

[...]

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

[...]

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

[...]

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

[...]

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. (BRASIL, 2002).

¹⁵⁰ “Art. 226. [...]”.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)”. (BRASIL, 1988).

divórcio, sem a necessidade de observar prazos mínimos de manutenção do casamento).

Logo, o princípio da autonomia privada, dentro do Direito de Família, torna-se essencial na valorização não apenas da entidade familiar como, especialmente, dos seus membros, configurando a certeza do respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade.

Somente com a concretização da autonomia privada¹⁵¹, na qual os indivíduos têm a possibilidade de tomar decisões frente aos anseios e interesses das entidades familiares (e de cada um dos seus integrantes), que os princípios do livre planejamento familiar e da paternidade responsável serão devidamente efetivados.

A valorização dos interesses dos indivíduos e dos núcleos familiares torna-se a tônica da família contemporânea, na qual a vontade das partes precisa, dentro de limites legais e sociais, ser respeitada. Destarte, decisões como a escolha de constituir ou não uma entidade familiar; o modelo familiar a ser construído; a escolha no tocante à reprodução (e o meio para alcançá-la); as formas de criação e educação dos filhos; e vários outros aspectos familiares, irão, necessariamente, caminhar através da estrada pavimentada pela autonomia privada. Nesse sentido, Daniel Sarmiento ressalva que a autonomia privada deve ser compreendida, portanto, “como o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses” (SARMENTO, 2005, apud TARTUCE, 2007, p. 10).

A respeito da aplicação do princípio da autonomia privada no contexto familiar, Leonardo Macedo Poli e Luciana Costa Poli explicam:

Dessa forma, a promoção da dignidade humana há de ser efetivada não somente no âmbito individual, íntimo, mas deve ser garantida socialmente, no exercício da autonomia privada, prestigiando-se a autodeterminação, a liberdade de escolha na constituição, manutenção, extinção e comunhão de vida instituída pelo indivíduo no seio do núcleo que este define como família. (POLI; POLI, 2013, p. 173).

A valorização proporcionada pelo princípio da autonomia privada pode ser observada, por exemplo, no *caput* do artigo 226 da Constituição Federal – “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988) –,

¹⁵¹ Sobre o tema, destacam-se as lições de Daniel Sarmiento: “Quando falamos em autonomia privada, o fazemos em sentido amplo. Ela é aqui entendida como a capacidade do sujeito de determinar seu próprio comportamento individual. (SARMENTO, Daniel. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 222).

assim como no artigo 1.513 do Código Civil – “Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002). A leitura conjugada de ambos os dispositivos permite constatar a proteção estabelecida aos núcleos familiares e aos seus membros, especialmente no tocante aos interesses e à independência destes quanto à tomada de decisões.

Não se trata de uma autonomia que justifique toda e qualquer conduta, afinal, ela possui barreiras e limites (legais e sociais) que devem ser observados, o que é afirmado por Beatriz Schettini ao dispor que: “De qualquer forma, a autonomia privada não é ilimitada, deriva de ordenamento jurídico e nele encontra seus limites” (SCHETTINI, 2015, p. 29).

Sobre o dualismo entre a autonomia e a sua aplicação, Luciana Dadalto assim explica:

[...] Significa dizer que a autonomia privada garante ao indivíduo o direito de ter seu próprio conceito de “vida boa” e de agir buscando tal objetivo, direito este que encontra barreiras na alteridade, de modo que a autodeterminação do indivíduo deve ser balizada pelas relações interpessoais e tal balizamento é feito pelas normas jurídicas. (DADALTO, 2018, p. 10).

Ainda sobre esse tema, Rodrigo da Cunha Pereira dispõe:

O desafio fundamental para a família e das nas normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública que se consubstanciam na atuação do Estado apenas como protetor. Essa conciliação deve ser feita por meio de uma hermenêutica comprometida com os princípios fundamentais do Direito de Família, especialmente o da autonomia privada, desconsiderando tudo aquilo que põe o sujeito em posição de indignidade e o assujeite ao objeto da relação ou ao gosto de outrem sem o seu consentimento. (PEREIRA, 2012, p.189).

Verificadas, portanto, a valorização e a essencialidade da autonomia privada na realidade da família contemporânea como mecanismos de apreciação do ser humano e de seus interesses (em uma perspectiva de implementação da dignidade da pessoa humana), como restringir o devido reconhecimento de filiação atrelado à reprodução assistida *post mortem* e seus efeitos sucessórios? Vedações nesse sentido não implicariam na quebra da autonomia, na violação da liberdade e da igualdade e no descaso quanto ao livre planejamento familiar?

Como será analisada no próximo capítulo, a escolha pela adoção das técnicas de reprodução assistida, ainda que *post mortem*, implica, diretamente, no respeito à vontade e ao interesse do ser humano, como partícipe de uma entidade familiar, no que se refere às escolhas relativas ao instituto da filiação.

7 REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A leitura em conjunto do artigo 1.597, incisos III e IV com o artigo 1.798, ambos da codificação civilista, atrelada aos avanços da medicina e da biologia no campo da reprodução assistida levam, a um importante debate jurídico relacionado à viabilidade (e possíveis efeitos) da reprodução assistida *post mortem*.

Trata-se de tema recente para a sociedade brasileira, considerando que o primeiro caso de sucesso no emprego de técnicas de reprodução assistida em humanos, no Brasil, data de meados de 1980 (conforme apresentado no quinto capítulo do presente estudo).

Os avanços gerados pela medicina e pela biologia genética no campo da reprodução impactaram, substancialmente, nas relações familiares e no modo de pensar a filiação. Foi aberta uma porta até então desconhecida.

Os rumos da filiação nunca mais foram (e serão) os mesmos. Imagine, em um rápido e simples exercício, quantas pessoas que, em função das mais variadas causas, ao longo da história, tiveram frustrados seus sonhos de maternidade e de paternidade.

Quantas mães e quantos pais que, por fatores biológicos, sociais, políticos e religiosos, não puderam experimentar a sensação proporcionada por um filho? A filiação é um desejo, um sonho, um projeto, uma missão de vida para muitas pessoas. A impossibilidade de alcançar essa inspiração tão genuína e latente provocou, em diversos lares, dores, angústias e dissabores imensuráveis.

Um velho dito popular, geralmente atribuído ao poeta cubano José Julián Martí Pérez, revela alguns passos sobre a vida de um ser humano: “Plantar uma árvore, ter um filho e escrever um livro. Três coisas que cada pessoa deve fazer durante sua vida” (PÉREZ, 18[...]). Nesse ponto, pede-se uma breve licença poética para divagar a respeito do mencionado pensamento (ciente, é claro, de que a decisão de gerar ou não um filho está diretamente relacionada à liberdade e à autonomia privada de todo e qualquer indivíduo). Veja que as três situações elencadas pelo trovador cubano possuem, em comum, uma ligação com a origem, o surgimento, a criação, o nascimento; seja de uma árvore (desde a semeadura até o crescimento de uma espécie frondosa), de um livro (através da materialização do mundo das ideias em uma obra) e, por fim, do nascimento de um filho (a escolha

assumida por aqueles que almejam, talvez, o mais complexo e prazeroso dos desafios, lastreado por um amor até então desconhecido, porém, incondicional).

As técnicas de reprodução assistida serviram como uma ponte para interligar a medicina e a biologia diretamente com as entidades familiares. E, precisamente, no ambiente posterior à Constituição Federal de 1988 (que, por si só, revolucionou o Direito de Família), novos debates passaram a existir sobre a origem da filiação. Os recentes métodos revelaram soluções inovadoras no tocante à geração de filhos.

Agora, as hipóteses de infertilidade humana; de sequelas atribuídas a necessários tratamentos médicos que acarretam infertilidade; do fator cronológico na tomada de decisão de ter um filho; e, até mesmo, da morte, deixam de ser obstáculos intransponíveis para a gestação de um filho, sendo a medicina genética e reprodutiva um meio de transcender tais barreiras.

Em vida, o casal passa a ter, indiscutivelmente, o direito, desde que preenchidos os requisitos previstos nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, de utilizar os procedimentos de reprodução assistida. No entanto, em virtude da ausência de legislação específica sobre o tema, indaga-se, por conseguinte, acerca do como proceder a respeito do emprego de tais métodos após a morte, o que configura a reprodução assistida *post mortem*.

Desse modo, torna-se fundamental retomar a discussão acerca da interpretação conjugada dos artigos 1.597, III e 1.798 do Código Civil de 2002¹⁵².

A hipótese aventada no inciso III do artigo 1.597 cuida, em um primeiro momento, da possibilidade do emprego dos procedimentos de reprodução assistida em vida (desde que observadas as determinações do Conselho Federal de Medicina), sendo utilizado, para tanto, o material genético dos próprios genitores. Ocorrendo, assim, uma vinculação genética e consanguínea entre pais e filhos.

Importante analisar o alcance do trecho final do mencionado inciso, quando o legislador expressa a possibilidade da realização de fecundação artificial homóloga “mesmo que falecido o marido” (BRASIL, 2002). Trata-se, portanto, da “semente” geradora dos debates acerca da reprodução assistida *post mortem*.

¹⁵² “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2002).

Analisando, no momento, tão somente pelo viés do Direito de Família, inexistem dúvidas de que, uma vez iniciada a reprodução assistida e vindo a falecer uma das partes envolvidas^{153 154}, se o(a) falecido(a) tiver deixado autorização específica para continuidade do procedimento e este lograr êxito, estará configurado o vínculo de filiação¹⁵⁵. Nesse sentido, são oportunas as lições de Renata Barbosa de Almeida e Walsir Rodrigues Júnior:

A hipótese do inciso III do art. 1.597 versa sobre a reprodução *post mortem*. Consiste na circunstância de o cônjuge supérstite ter implantado o embrião – fecundado com material próprio e do marido falecido – somente em momento ulterior à morte do genitor e futuro pai. Como já se destacou, o fator determinante do surgimento da filiação, neste caso, é o consentimento e, assim, torna-se preciso que o de *cujus*, a se instituir pai, tenha deixado autorização expressa para realização da providência implantatória mesmo após seu óbito”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 361).

¹⁵³ Em que pese a lei venha utilizar a expressão “mesmo que falecido o marido”, fazendo alusão à paternidade, a correta interpretação, sob a ótica dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do livre planejamento familiar, é de que a realização da reprodução após a morte pode ser realizada tanto pelo próprio marido como, também, pela esposa. Sendo, em ambos os casos, devida a competente autorização para a realização do procedimento após o falecimento de uma das partes. Nesse sentido, destacam-se as lições de Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira e Zilda Bueno dos Santos Silva: “A técnica de reprodução humana *post mortem* consiste em utilizar o material genético criopreservado do casal, após a morte de um deles, ou morte de ambos os genitores, podendo ser utilizados o sêmen, óvulo ou os embriões. No caso de o falecimento ser do marido, a esposa pode inseminar o material genético do marido morto, ou em caso de falecimento da esposa, o marido através de uma mãe de substituição gerar o material genético da esposa falecida”. (PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; SILVA, Zilda Bueno dos Santos. **A reprodução artificial *post mortem* e seus aspectos sucessórios**. Bauru: Revista Juris FIB, 2018. p. 270. Disponível em: <<https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/359/325>>).

¹⁵⁴ Ainda nessa temática, segue o enunciado 633, da VIII Jornada de Direito Civil, do Conselho Federal de Justiça, bem como sua justificativa:

“Enunciado 633. 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 expreso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira.

Justificativa: Nos casos de reprodução assistida homóloga – inclusive após o falecimento de um dos dois -, apesar do silêncio da norma codificada (CC, art. 1.597, III), deve haver manifestação de consentimento expreso do casal de modo a conferir segurança ao procedimento de reprodução assistida que poderá ser realizado mesmo após o falecimento do marido. Da mesma forma, ainda que a pessoa falecida seja a esposa, será possível que o viúvo venha a ter acesso à reprodução assistida póstuma desde que obviamente através da maternidade de substituição com outra mulher emprestando gratuitamente seu corpo para a gestação. Com base no princípio da igualdade entre os cônjuges (marido e esposa) em direitos e deveres (CF, art. 226, § 5º) – o que também se aplica aos companheiros -, a mulher pode expressamente autorizar que seu material fecundante congelado possa ser utilizado mesmo após a sua morte, permitindo que seu marido (ou companheiro) venha a concretizar o projeto parental do casal. Conclui-se, portanto, que também nos casos de reprodução assistida homóloga é indispensável o consentimento do casal, o que se reforça em matéria de reprodução póstuma quanto ao uso do material fecundante congelado”. (BRASIL, CJF, 2004).

¹⁵⁵ “O Código Civil vigente, em solitário setor onde prestou homenagens ao biodireito, estabeleceu que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (CC, artigo 1.597, III)”. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 2. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/302/A+Insemina%C3%A7%C3%A3o+P%C3%B3stuma>>).

Seguindo a mesma linha de interpretação, e conferindo ênfase ao sistema de presunções previsto no artigo 1.597 do Código Civil, Caroline Scheneider e Ellen Carina Mattias Sartori salientam:

A reprodução artificial citada pelo artigo 1.597 do Código Civil trata-se de uma ficção jurídica, como sendo aquela situação que a lei estabelece como verdade, embora sabendo que aquilo não é verdade, nunca será verdade, mas precisa ser [...]. Isto porque, apesar de não haver qualquer possibilidade daquela criança ser concebida de forma natural após o óbito de seu genitor, a lei afirma como nascida na constância do casamento, mesmo sabendo que não o é. (SCHNEIDER; SARTORI, 2015, p. 8).

Ainda no mesmo caminho de argumentação, Caio Mário da Silva Pereira expressa que “[...] Devem-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizando o material genético do falecido e esteja a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido” (PEREIRA, 2007, p. 318).

Os requisitos citados no trecho supramencionado – defendidos por parte da doutrina como essenciais para realização da reprodução assistida *post mortem*, nos termos do inciso III do artigo 1.597 – são: a prévia autorização para realização do procedimento mesmo após o óbito^{156 157}; e a necessidade da mulher de se encontrar

¹⁵⁶ “Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

(...)

§ 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”. (CNJ, 2017).

¹⁵⁷ Em decisão recente, datada de 2021, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 1.918.421/SP, foi negada a realização de reprodução assistida *post mortem*, em função da ausência de autorização específica para tanto, deixada em vida pelo falecido. Nesse sentido, insta ressaltar:

“RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. 1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes. 2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos interna corporis, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea “a” do inciso III do art. 105 da CF/1988. 3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo

em estado de viuvez. Preceitos esses que se tornaram objeto de apreciação do enunciado nº 106, da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal:

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. (BRASIL, CJF, 2002).

A respeito do tema, a recente Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294, de 27 de maio de 2021, determina como critério, para realização da

composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino. 4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização in vitro para fins de pesquisa e terapia. 5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente. 6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. 7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expreso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira. 8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade. 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas. 10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito. 11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético post mortem. 12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia. 13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. 14. Recursos especiais providos”. (BRASIL, 2021).

reprodução assistida *post mortem*, a autorização prévia e específica, o que pode ser verificado nos tópicos V, item 3, e VIII:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

[...]

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

[...]

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (BRASIL, CFM, 2021).

Ante ao exposto, é possível concluir que, nos termos do artigo 1.597, inciso III, da codificação civilista de 2002 e da Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina, mesmo após a morte de dos “futuros” genitores, preenchidos os requisitos apresentados, poderá ser conferida continuidade ao procedimento de reprodução assistida *post mortem*, sendo certa a configuração do vínculo de filiação entre o futuro filho e seus pais.

Se face ao Direito de Família o debate apresenta solução, árdua é a batalha envolvendo os efeitos no campo do Direito das Sucessões. Os debates existentes concentram-se, notadamente, na delimitação proposta pelo artigo 1.798 do Código Civil, ao definir dois grupos de legitimados na esfera sucessória, sendo “as pessoas nascidas” (BRASIL, 2002) ou aquelas “já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002).

No quarto capítulo do presente estudo, foi realizada análise sobre as duas hipóteses previstas no conteúdo do artigo 1.798. Ocorre que, a partir da interpretação conjunta do artigo 1.798 com o artigo 1.597, III, da codificação civilista, sob o prisma das técnicas de reprodução assistida (e na Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina), passa-se a verificar a real possibilidade da existência de futuros filhos que, quando da morte de um dos seus genitores, não apenas não estavam vivos como sequer haviam sido concebidos.

Hodiernamente, face às modernas técnicas de reprodução assistida, é possível que a concepção venha ocorrer somente após o falecimento de um dos genitores (por intermédio do uso do material genético criopreservado do próprio casal). Assim, em função de ausência de legislação específica sobre o tema,

questiona-se, se, a este futuro filho, será garantida a legitimidade sucessória *post mortem* e, por consequência, o direito à sua quota parte da herança.

Como já destacado, na seara do Direito de Família, a resposta converge para a confirmação da filiação, sendo garantido ao filho a inclusão de seus pais – inclusive daquele(a) falecido(a) – no seu registro de nascimento.

Por sua vez, no campo das sucessões, trata-se de um sério problema jurídico¹⁵⁸, haja vista que o texto do diploma civilista foi omissivo acerca dos efeitos sucessórios relativos à reprodução assistida *post mortem*. A tormenta envolvendo a resolução do mencionado caso é ressaltada por Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que: “Questão controversa há de ser solucionada pela doutrina e jurisprudência no que concerne aos direitos sucessórios dos filhos oriundos de reprodução assistida e nascidos após a morte do marido” (PEREIRA, 2007, p. 318).

Na mesma seara, são essenciais as considerações tecidas por Sílvio de Salva Venosa a respeito da relação entre os artigos da codificação civilista e as técnicas de reprodução assistida:

Esses dispositivos, únicos no Código, cuidam dos filhos nascidos do que se convencionou denominar de fertilização assistida. O Código enfoca, portanto, a possibilidade de nascimento de filho ainda após a morte do pai ou da mãe, no caso de fecundação homóloga e de embriões excedentários como veremos. Frise-se que o embrião pode ser albergado no útero de outra mulher, questão que faz surgir a problemática da maternidade subrogada, maternidade de substituição ou ventre de aluguel, como mencionaremos. Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. (VENOSA, 2014, p. 245-246).

Destaca-se que o atual Código Civil, apesar de publicado em janeiro de 2002, teve sua elaboração iniciada no final da década de 1960 e, nesse período, os avanços da medicina e da biologia, especificamente no tocante à reprodução assistida, não apresentavam o mesmo grau de conhecimento e de técnicas como as

¹⁵⁸ “Questão tormentosa e que, certamente, vai se colocar à argúcia dos magistrados diz respeito aos filhos decorrentes das procriações artificiais, ou, como querem alguns juristas, dos filhos engendrados com assistência médica”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro Forense, 2003. p. 109).

existentes atualmente, o que pode ser um dos fatores que levaram o texto da codificação civilista a não versar sobre tal temática.

Soma-se, ainda, a essa realidade a total inexistência de legislação específica ou mesmo proibitiva no ordenamento jurídico brasileiro a respeito da reprodução assistida *post mortem*, sendo usados como parâmetro o Código Civil (carente de conteúdo próprio acerca do tema) e as Resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina (resoluções estas publicadas desde 1992 e que, em face da especificidade do conteúdo interligado ao campo jurídico, claramente não enfrentaram a temática)¹⁵⁹.

O debate ora retratado pode ser exemplificado através do seguinte caso fictício: imagine um casal que, por razões biológicas, demanda o uso dos procedimentos de reprodução assistida na tentativa de ter um filho. Feita a criopreservação dos gametas do casal, o marido vem a falecer. Ele conferiu, em vida, autorização expressa consentindo com a continuidade da reprodução, mesmo em caso de seu falecimento. Nessa hipótese, caso a esposa (permanecendo na condição de viúva) opte por dar seguimento à reprodução assistida e logre êxito nesse evento, o futuro filho terá garantido, no seu registro, os nomes de ambos os seus pais. Porém, esse filho será herdeiro do falecido pai?

Veja que, com base no teor do artigo 1.798, quando da morte do seu genitor, o filho não apenas não era nascido, como também não havia sido concebido. Logo, em virtude da omissão legal sobre o tema, essa nova pessoa será reconhecida como filho, mas não como herdeira? Face ao rol dos princípios analisados no sexto capítulo da presente pesquisa, seria válida e legal a exclusão do filho da sucessão de seu pai?

Como pode ser constatado, trata-se de um problema jurídico real, carente de resposta na atual legislação brasileira¹⁶⁰, o que será estudado e enfrentado na sequência.

¹⁵⁹ Na Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina, é determinado, no tópico VIII, que a reprodução assistida *post mortem* deve observar a legislação vigente. Contudo, não há legislação específica (seja vedando, autorizando, ou mesmo, regulando) sobre o mencionado tema.

¹⁶⁰ Como retratado por Juliane Fernandes Queiroz, a reprodução assistida *post mortem* é uma realidade que assola outras nações mundiais, não sendo exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Sendo, portanto, um tema mundial de estudo, pesquisa e debates jurídicos:

“É, de fato, notório que na fecundação homóloga a questão mais controversa seja a procriação *post mortem*. As legislações sobre reprodução assistida existentes tratam a conduta das formas mais variadas. Na França, por exemplo, é vetada a inseminação *post mortem*, por força do artigo 8, da Lei 654/94. Na Espanha, é permitida desde que realizada durante os seis meses posteriores à morte do titular do material genético e desde que o marido tenha dado o seu consentimento expresso, em ato

Antes, faz-se necessário analisar alguns casos reais, que não apenas exemplificam o presente estudo, como servem de combustível para os debates que envolvem tal temática.

7.1 Análise de casos

Os casos, na sequência apresentados, foram selecionados com o objetivo de esclarecer os debates e as inseguranças que permeiam o tema da reprodução assistida *post mortem*. Destaca-se que os debates envolvendo a temática não estão restritos, tão somente, ao universo jurídico brasileiro, como também estão presentes em outras nações.

Desse modo, a análise dos 05 (cinco) casos reais – Alain Parpalix; Luiza Roberta Neils; o bebê Chinês Tiantian; as gêmeas brasileiras Maria Alice e Maria Victoria; e o garoto Ravi –, evidenciará os distintos tratamentos conferidos ao tema, endossando, por conseguinte, a urgente demanda na elaboração de legislação específica.

7.1.1 O caso Alain Parpalix

O início da década de 1980 foi notoriamente marcado por eventos importantes na seara da reprodução assistida. Se, por um lado, assinalava o início de uma era, em nosso país, com o nascimento do primeiro bebê por fertilização *in vitro*, por outro, também foi palco de um importante debate envolvendo a reprodução humana assistida *post mortem* no mundo, sucedido na França.

O evento francês é apontado como um episódio fundamental na história, tendo em vista que, a partir dele, várias foram as discussões sobre quais seriam os

público ou em testamento, por determinação do artigo 9, da Lei 35/88. Na Itália, o artigo 12, 2 da Lei 40, promulgada em março de 2004, proíbe expressamente a procriação medicamente assistida *post mortem*. A lei da Grã-Bretanha, de 1990, consente a fecundação artificial com o sêmen do marido defunto, uma prática iniciada pelas solicitações dos militares chamados a combater na guerra das Ilhas Falkland, em 1983, para assegurarem descendência genética, mesmo no caso de sua morte em batalha. Na Áustria, não é consentida a inseminação *post mortem*. A Alemanha promulgou, em 1990, a lei que não admite a inseminação *post mortem*. Nos Estados Unidos, com algumas diferenças de estado para estado, de maneira geral a inseminação *post mortem* é admitida, tendo em vista que a restituição do sêmen depois da morte do marido é acolhida, sendo o material genético considerado propriedade, que é transferida conforme a intenção expressa pelo defunto em seu testamento". (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Ed. UFPR. p. 121-122).

fins para o material genético já coletado, sobretudo, dado o falecimento do doador (PEREIRA; SILVA, 2018).

Trata-se do caso protagonizado por dois jovens, Corine Richard e Alain Parpalaix. O casal de recém namorados descobriu, após poucas semanas de relacionamento, que Alain estava com um câncer incurável nos testículos. Como uma medida preventiva, ansiando pela possibilidade de geração de herdeiros, Alain, ciente de sua condição de inevitável esterilidade, buscou um laboratório para depositar seu material genético e, assim, garantir, um uso posterior (ALBUQUERQUE FILHO, 2005).

Tão rápidas quanto o avanço do seu relacionamento que, em semanas, tornou-se um casamento, foram a velocidade e a agressividade da doença que acometeu Alain, já que, após dois dias da cerimônia matrimonial, ele veio a falecer. Corine, seguindo o desejo do casal, procurou o laboratório, a fim de se submeter ao procedimento de inseminação (ALBUQUERQUE FILHO, 2005).

Ocorre que o laboratório não se dispôs a realizar a vontade de Corine, alegando falta de respaldo legal, já que, nesse período, não havia, na França, lei que autorizasse a inseminação artificial *post mortem* (ALBUQUERQUE FILHO, 2005).

A longa batalha judicial findou-se com a condenação do laboratório, o qual deveria enviar o material de Alain ao médico responsável e elencado por Corine, para que ela pudesse realizar a inseminação artificial. Apesar do êxito na determinação judicial, a inseminação não prosperou, pois, em função da demora, os espermatozoides não dispunham da qualidade biológica necessária para a fecundação (ALBUQUERQUE FILHO, 2005).

7.1.2 O caso Luiza Roberta Neils

No Brasil, o primeiro caso de fertilização *in vitro post mortem* ocorreu em 2011, com o nascimento da bebê Luiza Roberta Neils, em Curitiba.

A história começa em 2009, quando Roberto Niels, aos 32 anos, descobriu um agressivo câncer de pele que o obrigaria a realizar tratamento com alto potencial de redução de fertilidade. O casal Kátia e Roberto, que sempre planejou ter filhos, procurou uma clínica especializada para criopreservar o material genético de Roberto. Ele, no entanto, veio a falecer, em fevereiro de 2010 (TURRER, 2011).

Dando sequência ao almejado plano de ter filhos, Kátia recorreu ao Conselho Regional de Medicina para ter autorização de algo, até então, inédito no país: ter seu(sua) filho(a) gerado por meio da reprodução assistida, com os gametas do companheiro falecido. Ocorre que Roberto não havia deixado autorização expressa para liberar o uso de seu material genético. Desse modo, o pedido da viúva, foi negado pelo Conselho Regional de Medicina (TURRER, 2011).

Como última alternativa, a viúva ingressou com uma demanda perante o Poder Judiciário, objetivando suprir a autorização e, por consequência, concretizar a maternidade (concluindo os planos que outrora haviam sido feitos pelo casal). Em maio de 2010, a 13^a Vara Cível, da Comarca de Curitiba/PR, concedeu a permissão para o prosseguimento do procedimento (TURRER, 2011).

Insta ressaltar que o caso de Luiza Roberta impulsionou novos contornos na regulamentação proposta pelo Conselho Federal de Medicina, já que, no corpo da Resolução nº 1.957-2010, foi inserida norma específica para realização de reprodução assistida *post mortem*, constando, como requisito obrigatório, a autorização prévia deixado(a) pelo(a) falecido(a). Nesse sentido:

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (BRASIL, CFM, 2010).

O presente caso foi essencial para a inclusão da reprodução assistida *post mortem* nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. Acarretando uma mudança de conjuntura sobre o tema, afinal, a partir da Resolução nº 1.957-2010, o conteúdo passou a ser positivado não apenas no corpo da mencionada resolução, como também no texto de todas aquelas publicadas posteriormente.

7.1.3 O caso do bebê chinês Tiantian

Tiantian é o nome do bebê nascido em 9 de dezembro de 2017 na China. Trata-se de um caso excepcionalmente particular, uma vez que Tiantian nasceu quatro anos após a morte de seus pais (AFP, 2018).

Quando do falecimento dos genitores, no ano de 2013, estes já haviam iniciado tratamento de fertilização. Ressalta-se que o material genético do casal, já

havia sido, inclusive, coletado e fecundado (desse modo, os embriões encontravam-se criopreservados) (AFP, 2018).

O feito somente foi possível após uma extensa batalha judicial envolvendo os avós paternos e maternos, que reivindicaram o direito de obter os embriões fertilizados (AFP, 2018).

Os quatro avós tiveram, ainda, que recorrer a uma gestação de substituição em outro país, pois tal prática é vedada na China. A mulher que gerou o bebê era do Laos e foi para a China apenas ao final da gestação, para dar à luz a Tiantian (AFP, 2018).

Os avós passaram, por fim, por testes de DNA, no intuito de comprovar a filiação e a nacionalidade, encerrando com êxito o presente caso de reprodução assistida *post mortem* (AFP, 2018).

7.1.4 O caso das gêmeas brasileiras Maria Alice e Maria Victoria

As gêmeas Maria Alice e Maria Victoria nasceram em 2018, um ano após o falecimento do pai, vítima de um agressivo câncer (HONORATO, 2020).

O sonho do casal Marco Aurélio e Débora Machado, somente foi possível porque o marido havia criopreservado o sêmen antes de dar início à quimioterapia. O, até então, advogado, ciente das normativas sobre a reprodução assistida, também deixou a autorização específica permitindo o uso do material biológico criopreservado (HONORATO, 2020).

Em dezembro de 2017, Marco Aurélio veio a falecer e, a viúva, Débora Machado de Souza foi adiante com os planos desenhados pelo casal. Diferentemente dos demais ventilados acima, Débora não enfrentou grandes dificuldades, porque, ao procurar os documentos arquivados junto à clínica, constava o termo de consentimento firmado pelo seu falecido marido (HONORATO, 2020).

Nesse sentido, a presidente da Sociedade de Reprodução Assistida, Hitomi Miura Nakagawa, em entrevista replicada pelo Portal Terra, destacou que “[...] o termo assinado é suficiente para garantir o procedimento, mas algumas clínicas

podem pedir reconhecimento de firma por uma "segurança a mais"¹⁶¹. (HONORATO, 2020).

Assim, com a continuidade do procedimento de reprodução assistida *post mortem*, nasceram as gêmeas Maria Alice e Maria Victoria, filhas de Débora Machado e do falecido Marco Aurélio.

7.1.5 O caso do garoto Ravi

O mais recente caso de sucesso do uso de tecnologia de reprodução assistida *post mortem* no Brasil se deu pelo nascimento de Ravi, no dia 20 de agosto de 2021 (ONGARATTO, 2021).

Marcelo, pai de Ravi, faleceu no dia 29 de agosto de 2020, vítima de complicações da Covid-19. Anteriormente, porém, Marcelo, que enfrentava um câncer de medula em estágio avançado, por orientação médica, optou por criopreservar o seu material genético em clínica especializada, já que o seu tratamento poderia ensejar a infertilidade (ONGARATTO, 2021).

Dado o falecimento do marido, a viúva, Eliziane, optou por dar continuidade ao planejamento do casal em gerar um filho. Deste modo, no mês de dezembro de 2020, foi realizado o processo de fertilização *in vitro*, culminando com uma gravidez e, na sequência, com o nascimento de seu tão esperado filho Ravi (ONGARATTO, 2021).

7.2 Os conflitos envolvendo a reprodução assistida *post mortem* e suas consequências no direito sucessório

Desde o ano de 1992, o Conselho Federal de Medicina tem publicado resoluções que visam adotar regras a respeito da utilização das técnicas de reprodução assistida. Ao longo desse período, 06 (seis) foram as resoluções que estiveram em vigência, sendo a última, e mais recente delas, a Resolução nº

¹⁶¹ Ainda sobre o tema, Hitomi Nakagawa dispôs: “[...] a necessidade de autorização prévia para uso do material genético é um facilitador. Sem esse documento, a clínica pode se recusar a realizar o procedimento e o caso pode ser levado à Justiça. O cenário abre espaço para avaliações subjetivas”. (HONORATO, Ludmila. **Mulher engravida do marido após ele morrer de câncer: ‘fiz por amor, sei que ficou feliz’**. Portal Terra, 2020. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/mulher-engravida-do-marido-apos-ele-morrer-de-cancer-fiz-por-amor-sei-que-ficou-feliz,ade7854f49ff06c91e69330f9ee2265ejui84fst.html>>).

2.294/2021. Insta realçar que a evolução acerca das resoluções foi, inclusive, objeto de investigação exercida no quinto capítulo da presente tese.

Um importante objetivo presente em todas as resoluções foi o de permitir às pessoas a possibilidade de gerar um filho. O exame do conteúdo da atual resolução permite constatar que, na aplicação dos procedimentos de reprodução assistida, serão observadas, como critério e inspiração, as seguintes considerações:

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

CONSIDERANDO o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade;

CONSIDERANDO que as mulheres estão postergando a maternidade e que existe uma diminuição da probabilidade de engravidar com o avanço da idade;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite auxiliar nos processos de procriação;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, ao julgar a ADI 4.277 e a ADPF 132, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica; [...]. (BRASIL, CFM, 2021).

A opção de gerar um filho, como a materialização do exercício da liberdade e da autonomia privada, vai depender, inicialmente, da vontade, do interesse de cada indivíduo, assim como da decisão compartilhada do casal. Uma vez que a geração de um filho seja o caminho, escolhido pelo casal, a ser percorrido, isso poderá não ser alcançado pelos meios naturais. Como destacado na Resolução nº 2.294/2021, as hipóteses de infertilidade humana (pré-existentes ou acometidas por meio de tratamentos médicos indispensáveis no combate de outras doenças), assim como a postergação da maternidade, são barreiras que podem impedir ou mesmo dificultar a realização do projeto de reprodução.

Assim, em diversas situações, o tão almejado sonho de ter um filho somente poderá ser atingido por meio de intervenções realizadas em clínicas e centros médicos, capacitados por profissionais especializados na esfera da medicina reprodutiva.

Desse modo, observando a técnica de reprodução assistida recomendada para o caso, será iniciado o procedimento para tentativa de concretização da filiação. Ao ser realizada a reprodução assistida homóloga (com base nos gametas

dos próprios envolvidos), e alcançado desfecho favorável, o casal será capaz de vivenciar todas as sensações associadas à maternidade e à paternidade.

Não restam dúvidas, com base no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, quanto à paternidade ou maternidade desse filho, que gozará não apenas da vinculação jurídica, como também do liame biológico (afinal, haverá uma identidade genética e consanguínea) e, ao longo da vida, gozará da perspectiva de construir e de usufruir de uma ligação afetiva.

Caso um dos pais, ou mesmo o casal, venha a falecer ao longo da vida do filho, é certa a sua legitimidade sucessória (não sendo consideradas, nesse momento, as hipóteses de renúncia ou mesmo de exclusão da sucessão), posto que face ao teor do texto do artigo 1.798 do diploma civilista, quando da morte de um, ou ambos, estando o filho vivo, este faz *jus* à efetiva participação na esfera sucessória de seus ascendentes.

Note-se que o fato de a origem da filiação, ter sido efetivada por meio de técnica de reprodução assistida, enquanto vivos os pais, não irá interferir, em absoluto, no reconhecimento da condição de filho (nos moldes do artigo 1.597, III) e, tampouco, na legitimidade sucessória (nos termos do artigo 1.798).

Diante dos avanços já apresentados acerca da biologia, da genética e da medicina reprodutiva, hipóteses jamais imaginadas deslocaram-se do mundo dos sonhos para a efetiva aplicação nas clínicas, laboratórios e demais centros médicos especializados. Nessa nova realidade, o emprego das técnicas de reprodução assistida não ficou restrito, tão somente, à reprodução enquanto vivos os interessados, sendo também viável a sua execução mesmo após a morte de algum desses, configurando a reprodução assistida *post mortem*.

Como o emprego de tais técnicas é recente, as discussões e os debates jurídicos também se apresentam como uma novidade nos mais diversos ordenamentos, inclusive no brasileiro, gerando, portanto, dúvidas, inseguranças, diversidade de posicionamentos e, ainda, uma clara ausência de soluções (o que pode ser observado, inclusive, através dos casos reais apresentados no tópico 7.1, especialmente, em relação as distintas conclusões conferidas).

Um ponto em comum, nos debates doutrinários sobre o tema, reside na imediata necessidade da construção de uma legislação específica. Isso porque o atual estágio de normas sobre o tema é insuficiente para pacificar todas as

demandas sem respostas¹⁶². O que é defendido por Caroline Schneider e Ellen Carina Mattias Sartori:

Embora vários posicionamentos tenham sido trazidos, todos válidos na medida em que possuem fulcro constitucional, certo é que, enquanto não houver atividade legislativa regulamentadora ou a fixação de um posicionamento nos Tribunais Superiores, não haverá pacificação sobre o assunto, restando todo o trabalho à ponderação dos princípios constitucionais. (SCHNEIDER; SARTORI, 2015, p. 12)

Na mesma linha de defesa, ressaltam-se, ainda, as lições de Renata Malta Vilas-Bôas que, não apenas é favorável à elaboração de normas específicas, como salienta que os avanços da medicina continuam a surgir a cada dia, demandando, ainda mais, uma legislação própria sobre o tema, “[...] a engenharia genética não parou... Assim, faz-se necessário uma legislação específica que venha a se manifestar sobre as possibilidades apresentadas pela medicina” (VILAS-BÔAS, 2011, p. 8).

Ciente, portanto, da ausência de legislação específica no Brasil e que, ao mesmo tempo, não há vedação acerca do uso de técnicas de reprodução, mesmo *post mortem*, como anunciam o artigo 1.597 do Código Civil e a Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, torna-se essencial compreender os seus possíveis reflexos no campo jurídico.

Para abertura do debate é importante destacar que, no tocante à reprodução assistida *post mortem*, duas são as situações possíveis para sua ocorrência na esfera prática. A primeira versa sobre a utilização dos embriões criopreservados (etapa posterior à fecundação dos gametas dos pais), enquanto a segunda engloba o uso dos gametas criopreservados (nesse caso, o sêmen do pai e os oócitos da mãe)¹⁶³.

¹⁶² Nos dizeres de Allan Rocha de Souza, Raul Murad Ribeiro de Castro e Vitor de Azevedo Almeida Júnior: “Apesar de toda repercussão alcançada, a legislação brasileira que regula a utilização das técnicas de RA e o mercado gerado por elas ainda é incipiente”. (SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **Reprodução assistida, autonomia privada e personalidade: a questão dos embriões**. Publica Direito: 2008. p. 313. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf>).

¹⁶³ A respeito do procedimento de criopreservação de gametas ou embriões, é essencial apresentar as normas apontadas na Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina:

“V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonadais.

2. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme

De início, será estudada a hipótese referente ao emprego de embriões criopreservados na reprodução assistida *post mortem*. Nesse caso, há o entendimento de que a etapa de fertilização dos gametas do casal (sendo, portanto, uma reprodução homóloga) já foi concluída. Assim, quando da morte de um dos genitores, já era uma realidade a existência dos embriões criopreservados nas clínicas e laboratórios médicos.

Observe que essa primeira hipótese aventada não deveria ser, em regra, um obstáculo, ou mesmo um ponto conflituoso, seja para o Direito de Família, seja para o Direito das Sucessões.

Isso porque uma interpretação coadunada dos artigos 1.597, incisos III e IV, 1.798 do Código Civil e da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina permite a conclusão de que o ser, fruto de uma reprodução assistida *post mortem*, deverá ter seu devido reconhecido como filho, assim como assegurados os seus direitos sucessórios.

A análise dos incisos III e IV do artigo 1.597 do Código Civil, somada aos tópicos V, item 3 e VIII, da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, demonstra que o casal, ao iniciar o procedimento de reprodução assistida, poderá conferir autorização expressa, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, permitindo a continuidade da reprodução mesmo após a morte de um deles.

Verificada a autorização específica do(a) falecido(a), serão utilizados os embriões criopreservados na sequência do procedimento de reprodução assistida *post mortem*. Note que o inciso IV, do artigo 1.597, autoriza a qualquer tempo o uso dos embriões provenientes de concepção artificial homóloga, enquanto o trecho final do inciso III, do artigo 1.597, autoriza a realização da reprodução mesmo após o óbito. Observe que, no texto presente nos dois dispositivos, o nascimento, ainda que

determina esta Resolução. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa.

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial.” (BRASIL, CFM, 2021).

baseado em uma ficção jurídica, irá conferir a presunção de que o filho foi concebido na constância do casamento. Logo, a posição de filho é indiscutível.

Por sua vez, o texto do artigo 1.798 é cristalino ao dispor que aqueles já concebidos no momento da abertura da sucessão possuem legitimidade sucessória. Depreende-se da leitura do mencionado artigo que o legislador, em momento algum, restringiu a terminologia da concepção tão somente à etapa intrauterina, ou mesmo afastou a extrauterina. O único termo utilizado no texto legal foi a expressão “concepção”.

Como já destacado em momento anterior, a presente tese recepciona o entendimento de que a concepção ocorre quando da fertilização¹⁶⁴. Logo, se estão sendo utilizados embriões criopreservados, é seguro afirmar que a concepção já havia sido efetivada, ainda que de forma extrauterina, em clínicas e laboratórios médicos, por meio de técnicas de reprodução assistida.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

De nossa parte, portanto, pensamos que se já havia *concepção laboratorial*, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem *nasceu ou foi concebido*. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão, e não de exclusão). (FARIAS; ROSENVALD; 2015, p. 83).

Ademais, no texto do inciso IV do artigo 1.597, o legislador, ao referir-se aos embriões excedentários, destacou que esses são “decorrentes de concepção artificial homóloga” (BRASIL, 2002). Isso permite a conclusão de que, no próprio texto legal, ao tratar dos embriões criopreservados, o legislador incluiu-os na qualidade de concebidos.

E, uma vez concebidos, ainda que a reprodução venha a ocorrer em momento posterior ao falecimento de um dos pais – reprodução assistida *post*

¹⁶⁴ Sobre a fecundação e a concepção face aos diversos debates realizados tanto na esfera da medicina e da biologia, como também no campo jurídico, será adotada, na presente pesquisa, a compreensão de concepção como sinônimo de fertilização (sendo que, analisando o conteúdo disposto nos artigos 1.597 e 1.798 do Código Civil, tem-se a percepção de ter sido esse o caminho apontado pelo legislador). Segundo Roberta Wonchokier, citada por Juliana Fernandes Queiroz, a concepção ocorre quando há “penetração no óvulo pelo espermatozóide e fusão do material genético, resultando do desenvolvimento do zigoto”. (WONCHOKIER, 2004, apud QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Ed. UFPR, 2015. p. 236).

mortem com uso de embriões criopreservados –, a condição prevista no artigo 1.798 do Código Civil de 2002 será implementada.

Com base nas considerações tecidas, conclui-se que, diante da reprodução assistida *post mortem* realizada por intermédio de embriões criopreservados, é indispensável o reconhecimento do vínculo de filiação e, justamente em função da mencionada vinculação, deverá ser assegurada a legitimidade sucessória do concebido. Desse modo, em caso de êxito no procedimento de reprodução assistida, e ocorrendo o nascimento com vida, serão garantidos os direitos relacionados à herança do(a) genitor(a) falecido(a).

Ultrapassada a discussão atinente à primeira hipótese – o emprego de embriões criopreservados na reprodução assistida *post mortem* –, passa-se ao enfrentamento daquela que, indubitavelmente, revela-se como a temática mais tormentosa, concernente à utilização dos gametas criopreservados dos pais (sêmen e oócitos) no procedimento de reprodução assistida *post mortem*.

Com o propósito de elucidar a mencionada hipótese de reprodução assistida *post mortem*, vale esboçar o seguinte exemplo prático: imagine um casal que possui o sonho futuro de gerar um filho. Durante a realização de uma bateria de exames de rotina, cumpridos em função de um *check-up* médico, o marido descobre a existência de uma neoplasia maligna¹⁶⁵. Ao casal é comunicado que, o tratamento a ser submetido apresenta risco à fertilidade do marido. Desse modo, o casal que possui o desejo de ter um filho opta, como meio de futuramente alcançar o sonho da filiação, por recorrer ao procedimento de criopreservação do gameta masculino. Ademais, ciente do risco do mal ao qual é acometido, o marido confere autorização expressa, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, para que, em caso de seu falecimento, o planejamento do casal tenha prosseguimento, sendo realizada a reprodução assistida *post mortem*. Em que pese a realização do tratamento médico em busca da cura, durante o seu transcurso, o marido vem a óbito. A esposa, munida da autorização deixada por seu falecido marido, decide dar continuidade ao procedimento de reprodução assistida *post mortem*, com o emprego dos gametas criopreservados; o procedimento é exitoso e, por consequência, gera o nascimento de seu filho.

¹⁶⁵ Vale esclarecer que a hipótese apresentada poderia ocorrer por outros fatores, desde implicações biológicas que impedem, ou mesmo dificultam, a geração de um filho por meios naturais, como a decisão de postergar a filiação, entre outras possibilidades. Assim, o exemplo narrado, não se mostra taxativo, visando, simplesmente, ilustrar o presente estudo.

O exemplo ora descrito representa, precisamente, o conteúdo dos casos reais apresentados no tópico 7.1, especialmente, os episódios do bebê chinês Tiantian; das gêmeas brasileiras Maria Alice e Maria Victoria; e do garoto Ravi. Nesses três eventos, mesmo com o falecimento do(a) genitor(a), foi permitida, mediante a comprovação de autorização específica deixada pelo(a) falecido(a), a continuidade do procedimento de reprodução assistida *post mortem* por intermédio do emprego de gametas criopreservados. Note que, em todos, ocorreu o nascimento com vida do(a) filho(a).

Logo, em função do sucesso no emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem* por meio do uso de gametas criopreservados é importante verificar, de início, o reconhecimento do *status* de filho face ao(a) genitor(a) falecido(a).

Novamente, recorrendo à inteligência do artigo 1.597, *caput* e inciso III, do diploma civilista, torna-se cristalino o entendimento de que a pessoa, fruto de reprodução assistida *post mortem*, deverá ter sua filiação reconhecida em relação aos seus pais – incluindo aquele(a) já falecido(a). Isso porque, nesse caso, não apenas é autorizada, no texto legal, a realização do procedimento, mesmo após a morte de um dos membros do casal e mediante autorização anterior expressa (o que também está previsto no tópico VIII da Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina), como também, ao filho, será aplicada a presunção de concebido na constância do matrimônio.

Assim sendo, quanto à esfera do Direito de Família, a filiação estará eivada de certeza e precisão. O texto legal do diploma civilista, assim como a resolução do Conselho Federal de Medicina, enseja a confirmação daquele(a) que faleceu, nos registros do filho nascido em função do emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

Se, no Direito de Família, a discussão aparenta estar solucionada, o mesmo não pode ser dito no tocante aos direitos referentes ao campo sucessório. E, justamente, em função da ausência de legislação específica, são intensos os debates jurídicos sobre o tema.

De fato, o texto do artigo 1.798 não englobou a possibilidade de conferir legitimidade sucessória para as hipóteses de filiação advindas de reprodução assistida *post mortem*, através do emprego de gametas criopreservados. A interpretação do respectivo dispositivo é pontual ao determinar a existência de

peças já nascidas ou já concebidas, o que não é o caso, considerando-se que, quando do falecimento do(a) genitor(a), existiam tão somente gametas criopreservados.

A ausência de previsão, ou mesmo referência, no texto do artigo 1.798, em relação à hipótese atrelada ao uso de gametas criopreservados – porém, ainda não fecundados – não aparenta ter sido uma decisão proposital do legislador, pelo contrário, trata-se de uma omissão, uma lacuna no texto legislativo.

Diante desse quadro jurídico, emergem importantes questionamentos, afinal, como a legislação confere autonomia e liberdade para um casal exercida através do seu livre planejamento familiar em gerar um filho, ainda que por meio da aplicação de técnicas de reprodução assistida *post mortem* e, ao mesmo tempo, limita a expressão dos direitos desse filho? Como reconhecer a prole, mas não conferir a integralidade de seus direitos, notadamente no tocante a legitimidade sucessória e aos reflexos no campo do Direito das Sucessões?

Ao longo de uma vida em conjunto, um casal precisa adotar uma série de definições, que iniciam desde a escolha em constituir uma família, a opção pelo modelo familiar adequado, o regime de bens a ser aplicado, a participação econômica de cada membro até, inclusive, a decisão de ter ou não filhos.

Cada uma dessas escolhas integra o livre planejamento familiar do casal, princípio este que é exercido, em igualdade, pelos pais (detentores do poder familiar). E, como esculpido no §7º, do artigo 226, da Carta Magna, o planejamento familiar não apenas é construído livremente pelo casal, como, sobre ele, é vedada toda e qualquer forma de intromissão coercitiva.

Desse modo, se caso o casal, em vida, optar por ter filhos, estar-se-á diante do pleno exercício do livre planejamento familiar. Por sua vez, o modo pelo qual esse desejo será alcançado independe da forma – se por meios naturais, se através de adoção, ou mesmo quando tiver indicação para tanto, por intermédio de técnicas de reprodução assistida. Como se sabe, o texto constitucional, no §6º do artigo 227, veda toda e qualquer forma de discriminação entre filhos, sendo destacado, inclusive, que estes “terão os mesmos direitos e qualificações” (BRASIL, 1988).

Ora, se ao indivíduo são garantidas a liberdade e a autonomia privada na tomada de decisões, e no núcleo familiar tais garantias são concretizadas através do princípio do livre planejamento familiar, a decisão de ter um filho deve ser respeitada. E mais, sendo efetivada a reprodução assistida, essa confere a

vinculação entre pais e filhos – seja com o nascimento do filho ocorrendo durante a vida de seus pais, ou mesmo após o falecimento desses.

Como requisito fundamental para a realização da reprodução assistida *post mortem*, como já mencionado ao longo da presente tese, é necessário que o(a) falecido(a) tenha deixado autorização específica em vida para que o seu material genético criopreservado possa ser utilizado na continuidade do procedimento de reprodução.

Se a possibilidade de conferir uma autorização para realização de reprodução assistida *post mortem* está prevista tanto no Código Civil (art. 1.597, III), como na Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina (tópicos V e VIII), torna-se simples verificar a materialização dos princípios da liberdade, da paternidade responsável, assim como da autonomia privada. Afinal, o nascimento desse filho não será uma obra do acaso; na realidade, traduz-se no efetivo exercício do livre planejamento do casal e, por seguir todos os requisitos legais, não pode ser vedado, seja por instituições públicas ou privadas.

Uma vez alcançado o *status* de filho, como negar a ele a sua legitimidade sucessória e a sua quota parte da herança? O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é preciso ao apontar, como uma de suas garantias fundamentais, o direito à herança:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança; (BRASIL, 1988).

Ademais, como justificar o eventual tratamento diferenciado entre filhos, no qual um deles tem assegurada sua quota parte da herança, enquanto o outro, por ter nascido por meio do emprego de gametas criopreservados em procedimentos de reprodução assistida *post mortem*, não tem o mesmo direito? Ora, não se configura, portanto, em um tratamento desigual e discriminatório entre filhos? Como, então, justificar a evidente violação ao princípio da igualdade?

Caso não sejam conferidos a esse filho os seus direitos sucessórios, estarão sendo desrespeitados os seus interesses, assim como os dos seus pais. Quando da livre e consciente tomada de decisão autorizando a realização do procedimento de

reprodução assistida, ainda que após a morte, os pais não apenas almejavam ter atendido o desejo de gerar um filho, como também, dentro do planejamento familiar e da paternidade responsável, pretendiam que a este fosse estendida a totalidade de seus direitos. Nesse sentido, Fátima Nancy Andrighi apresenta expõe o seguinte posicionamento:

Se o pai, em ato de supremo amor e abnegação, diante do surgimento de súbita enfermidade que lhe impediu de dar continuidade ao sonho da paternidade, manifesta em declaração de última vontade, o desejo de que o material genético que deixou com sua mulher em clínica habilitada para tanto seja utilizado para a reprodução assistida *post mortem*, poderá essa celebração da vida, mesmo que diante da morte, ter seus efeitos amputados?

[...]

Não creio que a dignidade da pessoa humana possa coexistir com outro pensamento, senão com o da prevalência do interesse maior da criança, da solidariedade humana, do direito da criança a uma estrutura familiar equilibrada, e, por fim, da igualdade de tratamento entre pessoas que vivem neste mundo. (ANDRIGHI, 2011, apud SCHENIDER; SARTORI, 2015, p. 9).

A legitimidade sucessória conferida ao filho oriundo de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, utilizando o material genético seus pais por criopreservação, é um dever a ser cumprido como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, seja em relação à efetivação dos direitos do filho, seja em respeito à autonomia e à liberdade do casal na tomada de decisões acerca do planejamento familiar.

Uma decisão que venha vedar ou mesmo proibir o reconhecimento do filho como herdeiro remete à família patriarcal, prevalente durante a codificação civilista de 1916, na qual o tratamento diferenciado entre filhos era uma triste marca jurídica e social. Qual o motivo em avançar a cada dia na esfera da biologia e da medicina, proporcionando a realização de sonhos e, ao mesmo tempo, regredindo no tratamento concebido a filhos oriundos de tais técnicas? Filhos são filhos, não há espaço para qualquer modelo de tratamento que não seja baseado na igualdade, na dignidade e, acima de tudo, sem qualquer traço que indique discriminação de direitos. Segundo Juliana Fernandes Queiroz:

Enfim, resguardar o direito à sucessão para os filhos nascidos por meio da técnica de reprodução *post mortem*, requer a harmonização do sistema jurídico, trabalho imprescindível para não ferir o Princípio da Igualdade entre os filhos. Não basta admitir a procriação *post mortem*, ordenando sejam configurados os vínculos de filiação, sem respaldar todos os direitos consectários da modalidade. Há que se atentar para a articulação da

engrenagem jurídica, de modo a não se criar um sistema de discriminação aos filhos concebidos após a morte do genitor, em um movimento de retrocesso no desenvolvimento do Direito, no que concerne à igualdade na filiação. (QUEIROZ, 2015, p. 250).

Sobre a vocação hereditária daqueles provenientes de técnicas de reprodução assistida (englobando-as, até mesmo, quando realizadas após a morte dos pais), o enunciado 267, da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, salvaguardou os direitos sucessórios, tanto de embriões já formados, como os daqueles a serem formados:

Enunciado 267. A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. (BRASIL, CJF, 2004)¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Segue a justificativa apresentada a respeito do enunciado 267, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal:

“Diante das novas técnicas de reprodução medicamente assistida, especialmente com a possibilidade de congelamento de embriões na perspectiva da futura transferência para o corpo de uma mulher, bem como no caso da criopreservação de sêmen ou de óvulo para futura utilização, deve ser equacionada a questão acerca da possibilidade da vocação dos embriões congelados – e daqueles resultantes da utilização do material fecundante congelado – na sucessão mortis causa, diante da redação do art. 1.798 do novo Código Civil. Não se pode olvidar, a esse respeito, que o projeto do novo Código Civil teve sua redação iniciada no fim da década de sessenta, época em que ainda eram incipientes as notícias a respeito das técnicas de fertilização *in vitro* com posterior congelamento de embriões – especialmente os embriões excedentários.

O legislador, ao formular a regra contida no art. 1.798 do texto codificado atual, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718 do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião de nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez, sendo necessária somente a espera do nascimento para verificar se houve (ou não) a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se ponderar, de acordo com o novo Código Civil, que o embrião não-implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e 227, *caput* e § 5º, ambos da Constituição Federal).

O tema relacionado à capacidade para suceder e à reprodução assistida *post mortem* é dos mais polêmicos e, indubitavelmente, o novo Código Civil não oferece solução transparente, a despeito da gravidade da questão. A doutrina contemporânea, especialmente à luz do Código Civil em vigor, apresenta posturas diversas sobre o assunto. Francisco José Cahali observa que, no sistema jurídico anterior ao novo Código, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado), sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade. Contudo, diante da regra do art. 1.597 do Código Civil atual, o autor concluiu, a contragosto, que o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido na hipótese de nascimento da criança depois de já encerrados o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão. Débora Gozzo, por sua vez, propõe o emprego da analogia para solucionar a questão, no sentido de considerar possível reconhecer o direito sucessório à criança resultante de técnica de reprodução assistida *post mortem*, da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual de pessoa certa e determinada como possível herdeiro testamentário ou legatário, sugerindo o ajuizamento da ação de petição de herança para tanto. Eduardo de Oliveira Leite, a seu turno,

O questionamento que se faz por parte daqueles contrários e desfavoráveis a legitimação sucessória do filho oriundo de técnicas de reprodução assistida *post mortem* (realizadas por meio de gametas criopreservados), está interligado à suposta insegurança jurídica que seria acometida aos demais herdeiros. Segundo tais, como preservar o direito sucessório daqueles que eram vivos, ou ao menos concebidos, quando do falecimento de um dos pais? Isso porque, para os defensores de tal corrente, a inexistência de prazo específico para a realização da reprodução assistida, no atual ordenamento, seria uma violação ao direito já adquirido pelos demais herdeiros.

distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (atualmente, pode-se acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que, na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão.

Existem, pois, variados posicionamentos a respeito do tema, e não há problema antecedente ao próprio Direito das Sucessões, a saber, a admissibilidade jurídica das técnicas de reprodução assistida *post mortem* no Direito brasileiro. Com fulcro nos valores e princípios constitucionais especialmente relacionados à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas, é inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para reprodução. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução é considerar que o art. 1.798 do novo Código Civil disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito aos casos de embriões já formados e àqueles a se formar (abrangendo, assim, as duas hipóteses indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, deduzida a pretensão dentro do prazo prescricional de dez anos, a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando-se, desse modo, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Portanto, haverá mais uma hipótese de cabimento de petição de herança, ou seja, a que envolve o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

A capacidade sucessória passiva em geral aproxima-se bastante da noção de capacidade de direito (ou de gozo), diferentemente da capacidade testamentária ativa que, como visto, tem maior proximidade com a capacidade de fato. Não há correspondência absoluta, conforme já foi considerado, e a própria inclusão do nascituro no rol dos que têm capacidade para suceder confirma a não-coincidência entre capacidade de direito e capacidade para suceder". (**JORNADA DE DIREITO CIVIL**. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2005. p. 399-401).

A ausência de legislação específica sobre o tema é uma realidade indiscutível. A emergente necessidade da elaboração de uma legislação própria e especial é ponto pacífico. Contudo, as normas hoje existentes apresentam soluções (ainda que indiretas) no tocante ao prazo máximo da realização da reprodução assistida *post mortem*.

Nesse sentido, duas distintas propostas seriam, a princípio, passíveis de solucionar o problema suscitado, sendo elas: o emprego do tratamento conferido para a prole eventual (previsto no §4º, do artigo 1.800, da codificação civilista); e a aplicação do instituo da petição de herança (regulada entre os artigos 1.824 e 1.828 do Código Civil). Passa-se, então, ao estudo das opções apresentadas.

A primeira possibilidade para solução desdobra-se sob a concepção de prole eventual. Conforme previsto no texto do §4º, do artigo 1.800, da codificação civilista (em complementação ao disposto no inciso I, do artigo 1.799¹⁶⁷, do mencionado diploma), “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” (BRASIL, 2002). Veja, o legislador conferiu, no dispositivo citado, a possibilidade de participação em acervo hereditário para aquele que sequer havia nascido, tampouco havia sido concebido quando da abertura da sucessão. Nesse sentido, são as considerações de Silvio Rodrigues:

O inciso I do art. 1.799 abre importante exceção ao princípio de que somente têm legitimação para suceder as pessoas nascidas (= existentes) ou já concebidas na época *di decessu* do autor da herança. Esse inciso diz respeito à prole eventual de determinada pessoa. Não se trata do nascituro (*conceptus*), cuja situação já foi resolvida no art. 1.798, mas do *nondum conceptus*, isto é, de pessoa futura, de indivíduo nem ainda concebido. (RODRIGUES, 2007, p. 41).

Sobre o tema, é importante ressaltar os dizeres de Flávio Tartuce:

Conforme seu primeiro inciso, reconhece-se a legitimação para os filhos, ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vistas estas últimas ao abrir-se à sucessão. A norma trata da prole eventual ou concepturo, não se confundindo com o nascituro.

[...]

Por fim, quanto ao art. 1.800 do CC/02, 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

¹⁶⁷ “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;”. (BRASIL, 2002).

herdeiros legítimos (§4º). A norma estabelece uma condição para que a prole eventual suceda, limitando no tempo o seu direito sucessório, por meio de prazo decadencial. (TARTUCE, 2018, p. 72-75).

O prazo de 02 (dois) anos conferido como condição para a participação da prole eventual¹⁶⁸ na sucessão configura-se como uma primeira solução para o presente caso. Desse modo, o mencionado prazo seria aplicado como termo fatal para constatação da concepção, mesmo que proveniente de procedimento de reprodução assistida *post mortem* originária de manipulação de gametas (ou mesmo embriões) criopreservados¹⁶⁹.

Assim, verificada a concepção dentro do prazo de 02 (dois) anos e, nascendo o filho com vida, esse teria direito à sua quota parte da herança, deixada por seu(sua) falecido(a) genitor(a)¹⁷⁰.

Em que pese o presente caminho de solução comprove a relativização no tocante a segurança sucessória dos herdeiros – haja vista que o nascimento com vida do concepturo irá alterar a distribuição patrimonial do falecido –, esse não parece ser o meio adequado para o deslinde do caso.

Isso porque, a aplicação do prazo de 02 (dois) anos previsto no §4º do artigo 1.800, da codificação civilista, por si só, configura a quebra do princípio da igualdade entre filhos. Afinal, porque os filhos gerados pelas técnicas de reprodução assistida *post mortem* devem ser concebidos dentro do prazo máximo supra assinalado – 02 (dois) anos –, enquanto os demais filhos podem, conforme petição de herança,

¹⁶⁸ Em que pese parte da doutrina defenda como solução para a situação tanto de embriões criopreservados, como para gametas criopreservados, a possibilidade do(a) genitor(a) falecido(a), por meio de testamento, beneficiar sua própria prole eventual (nos moldes dos artigos 1.799, I e 1.800, §4º do Código Civil) – possibilidade esta não pacificada –, esta não irá solucionar os problemas envolvendo a sucessão legítima, mostrando-se portanto, ineficaz para solucionar a presente questão.

¹⁶⁹ “No caso de herdeiros ainda não concebidos, os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz (art. 1.800). Se, após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (art. 1.800, §4º). [...] Essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilizações assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 56).

¹⁷⁰ A autora Juliane Fernandes Queiroz, ao coadunar com a referida posição, assim dispõe: “Na previsão do artigo que trata a matéria (*dos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas últimas ao abrir-se à sucessão*) não é exigida a concepção quando da morte para se atribuir capacidade sucessória ao herdeiro. A eventualidade se faz notar, justamente, na concepção ocorrida dentro do lapso temporal estipulado por lei. Assim, se no prazo de dois anos após a morte do testador, eventualmente, a pessoa por ele designada vier a conceber um filho, esse herdará aquilo que lhe compete como parte da herança”. (QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Ed. UFPR, 2015).

pleitear sua condição de herdeiro e, por consequência, a restituição de sua quota parte no prazo de 10 (dez) anos?

A aplicação do prazo previsto para a prole eventual apresenta-se como um início de discussão acerca do prazo para nascimento do filho oriundo de reprodução assistida *post mortem* por intermédio do emprego de embriões ou gametas criopreservados. Contudo, como demonstrado, essa não será a opção adotada na presente tese, posto que o princípio da igualdade entre filhos nitidamente estará sendo violado.

Logo, passa-se a análise da segunda alternativa de resposta, que perpassa pela petição de herança.

Trata-se de instituto que visa o reconhecimento do direito sucessório do herdeiro assim como a restituição de sua quota parte da herança, mesmo após a partilha dessa¹⁷¹. Sobre o tema, vale salientar as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

A ação de petição de herança constitui a proteção específica da qualidade de sucessor. Pelo princípio da *saisine*, desde a abertura da sucessão pertence a herança ao herdeiro (CC, art. 1.784). Pode ocorrer, todavia, de nela estar investida pessoa aparentemente detentora de título hereditário. Compete a aludida ação, conhecida no direito romano como *petitio hereditaris*, ao sucessor preterido, para o fim de ser reconhecido o seu direito sucessório e obter, em consequência, a restituição da herança, no todo ou em parte, de quem a possuía, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título. (GONÇALVES, 2014, p. 140).

Seguindo a mesma linha de argumentação, destacam-se os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Pois bem, considerada a regra de transmissão automática da herança por força da *saisine* (transmissão *ipso iure*), percebe-se que os herdeiros recebem todo o patrimônio do falecido, com a abertura da sucessão, no exato instante da morte do titular. Posteriormente, através da partilha, judicial ou extrajudicial, será fixado o respectivo quinhão de cada herdeiro. Não é possível negar, entretanto, que, eventualmente e por motivos diversos, a herança pode estar sendo transmitida indevidamente para quem não possui título sucessório, em detrimento do verdadeiro sucessor. Neste caso, a herança estará sendo apreendida por quem não é, de fato, o sucessor. Além disso, noutra dimensão, também pode ocorrer de ser transmitida a herança para determinadas pessoas que possuem o título sucessório, mas deixando de fora outrem que, efetivamente, também se apresenta como sucessor.

¹⁷¹ “Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possuía”. (BRASIL, 2002).

[...]

Pois bem, é nesse panorama que surge a importância da petição de herança (ou *petitio hereditaris*, na expressão dos romanos) como a medida judicial cabível para que a pessoa que foi excluída indevidamente da transmissão automática obtenha o reconhecimento da qualidade de herdeiro, bem como possa receber os bens que compõem a herança, inclusive com os seus rendimentos e acessórios. (FARIAS; ROSNEVALD, 2016, p. 234-235).

Por não apresentar prazo específico na codificação civilista, frente a tal instituto é aplicado aquele de 10 (dez) anos, previsto no artigo 205¹⁷² ¹⁷³. Desse modo, o herdeiro preterido poderá, dentro do prazo assinalado, buscar o seu reconhecimento enquanto tal e pleitear a devolução do seu quinhão hereditário.

Perceba que o instituto de petição de herança enseja uma “quebra”, uma relativização de eventual segurança sucessória, uma vez que, mesmo após a partilha dos bens, terá legitimidade para reivindicar sua quota o herdeiro ignorado. Nesse sentido, são as considerações de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

A possibilidade jurídica da utilização da ação de petição de herança, nos termos do artigo 1.824, do Código Civil, dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido. (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 6).

O efeito do instituto da petição de herança serve como argumento preciso de que a discussão acerca do acervo hereditário, após a sua divisão, é aceita e possível no atual Direito das Sucessões.

Desse modo, igual tratamento poderia ser conferido às hipóteses do uso de gametas ou embriões criopreservados em procedimentos de reprodução assistida *post mortem*. Uma posição nesse sentido foi adotada pelos membros da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, ao apresentar a justificativa acerca do enunciado 267:

Deve-se admitir a petição de herança, deduzida a pretensão dentro do prazo prescricional de dez anos, a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando-se, desse modo, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Portanto,

¹⁷² “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. (BRASIL, 2002).

¹⁷³ “Súmula 149. É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. (BRASIL, 1963).

haverá mais uma hipótese de cabimento de petição de herança, ou seja, a que envolve o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*. (BRASIL, CJF, 2005, p. 399-401).

A presente alternativa resguarda o planejamento familiar dos pais, o direito à herança do filho (materializando o princípio constitucional da igualdade entre filhos), bem como a estabilidade e a segurança jurídica devidas aos demais herdeiros.

Isso porque em relação aos pais seriam preservados seus interesses expressados em vida – no intuito de ser conferida continuidade ao procedimento de reprodução assistida, mesmo em caso de falecimento deles –; ao filho, cuja origem tenha sucedido por meio de tais técnicas, haveria a certeza da integral aplicação de seus direitos; e, aos demais herdeiros, a existência de um prazo fixo, determinando um limite temporal máximo para o surgimento de novo herdeiro via reprodução assistida – conferindo, deste modo, a segurança jurídica almejada.

A solução apresentada e adotada na presente tese – aplicação das normas relativas à petição de herança – comprova que, apesar da ausência de legislação específica sobre o tema (que se apresenta como uma necessidade premente do atual estágio biológico, médico e jurídico), é possível encontrar no atual ordenamento, resposta justa e equilibrada para que, todos aqueles, frutos das técnicas de reprodução assistidas *post mortem*¹⁷⁴, tenham reconhecidos não apenas o *status* de filhos, como, também, garantida a legitimidade sucessória e, por conseguinte, com o nascimento com vida, a implementação de todos os seus direitos sucessórios.

A fronteira temporal apresentada – prazo de 10 (dez) anos previsto para a petição de herança –, enquanto não é apontado um prazo direto e objetivo, em legislação específica, permite a verificação de que é possível conferir segurança, estabilidade e solidez a todos os envolvidos, direta ou indiretamente, nas novas estruturas construídas por intermédio do emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

¹⁷⁴ Insta destacar, por fim, que a conclusão ora apresentada engloba, também, a hipótese prevista no inciso V, do artigo 1.597, do Código Civil de 2002, que versa sobre a “inseminação artificial heteróloga”.

8 CONCLUSÃO

Uma constatação passível de ser realizada através de um criterioso olhar sobre a história da humanidade é que, em maior ou menor grau, de modo célere ou vagaroso, com ou sem a devida anuência e aceitação, os hábitos, os costumes, as crenças, os dogmas, a sociedade e, principalmente, as pessoas, mudam.

Se, por um lado, a criação de novos cenários pode esbarrar na resistência e na apreensão inerentes ao ser humano frente a transformações, por outro, ela expressa a incessante vontade humana de romper desafios, superar barreiras, quebrar limites, ou seja, a constante busca pelo desenvolvimento. Justamente, foi o inato espírito humano, na procura por soluções para os enfrentamentos do cotidiano, que, ao longo da história, propiciou, e certamente permanecerá propiciando, explorar o desconhecido e toda a sua infinitude de oportunidades.

Note quantas “(r)evoluções” ocorreram na sociedade desde o início do último século. Em todas as esferas humanas transcorreram profundas alterações. Um simples olhar perante uma mera fotografia, datada dos anos 1920, 1930, ou 1940, já possibilita uma série de observações, desde o modo de se vestir, como o jeito de se portar das pessoas, a estrutura física do local e, inclusive, a própria qualidade da imagem – fatalmente em preto e branco. A comparação entre uma fotografia do século passado com uma da atualidade permite, também, a diferenciação entre os modelos familiares, afinal, a composição e o número dos membros de uma entidade familiar, o posicionamento das pessoas na imagem, e até mesmo o semblante de cada membro, traduzem o contraste existente entre os modelos patriarcal e contemporâneo de família.

Indo além, com o fim meramente ilustrativo, podem ser apresentados diversos exemplos de transformações, tais como: a migração das zonas rurais para os centros urbanos; as transformações no mercado de trabalho; as novidades relacionadas aos meios de locomoção; as técnicas de construção civil; os meios de comunicação entre pessoas; o próprio linguajar; as profissões; os hábitos e costumes; as estruturas sociais; os modelos familiares; os ordenamentos jurídicos; as tecnologias; as inovações técnicas na biologia e na medicina; dentre inúmeras outras referências que poderiam ser listadas.

Seguindo essa linha de transformações, é fundamental atentar-se para o instituto da filiação, que, ao longo do último século, perpassou por uma completa

releitura nas mais diversas searas. Se, durante a vigência da Codificação Civilista de 1916, os interesses dos filhos estavam subordinados à vontade do *pater poder*, existindo, também, uma nítida diferenciação entre filhos oriundos ou não do matrimônio, após a Carta Magna de 1988 (e, na sequência, o Código Civil de 2002), houve uma clara mudança de concepção em relação aos filhos. Agora, esses são verdadeiramente compreendidos como sujeitos de direitos (o que pode ser materializado com a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como por meio da doutrina da proteção integral – esculpida não apenas no texto constitucional, como também no Estatuto da Criança e do Adolescente). Ademais, o princípio da igualdade entre filhos veda qualquer tipo de tratamento diferenciado e discriminatório entre estes, independentemente da origem da vinculação. Logo, é possível constatar uma evidente e salutar reestruturação da concepção de filiação.

Ainda no tocante à filiação, far-se-á necessário ressaltar as inovações técnicas e procedimentais no campo da biologia, genética e medicina, em prol da origem de um filho. Se, por diversas décadas do último século, não era possível, sequer, a vinculação biológica entre um pai e um filho, o que acarretou a opção pelo legislador do Código Civil de 1916 por abraçar um critério de presunções para conferir estabilidade aos núcleos familiares, a segunda metade do século passado, por sua vez, guardava uma explosão de descobertas associadas à filiação.

Dentre esse arcabouço de inovações, destaca-se o desenvolvimento de técnicas de reprodução humana assistida. Nesse mote, foi apresentado pela biologia e medicina um novo caminho a ser percorrido, por inúmeras pessoas, na concretização do sonho de ter um filho. Veja que, durante um longo período, muitos casais foram privados de sentir as experiências proporcionadas pela filiação, por inexistirem meios técnicos que pudessem ultrapassar as próprias barreiras biológicas impostas pelo corpo humano.

A reprodução assistida conduziu a um novo cenário repleto de possibilidades. O impossível deixa de sê-lo, tornando-se viável e, na atualidade, passa a ser um meio a que inúmeros casais podem recorrer para concretizar o desejo pela filiação.

O emprego dos modernos procedimentos de reprodução assistida propiciou, desse modo, a superação de incontáveis obstáculos. Assim, a infertilidade humana; as hipóteses de tratamentos médicos essenciais para sobrevivência, que podem acarretar na infertilidade; a postergação da maternidade; entre outros fatores são

dificuldades que, na atualidade, em razão do conhecimento técnico específico adquirido na área, podem ser superados.

Os avanços não ficaram restritos, tão somente, à reprodução assistida enquanto vivos os envolvidos. Em razão das técnicas de criopreservação, a biologia e a medicina reprodutiva possuem instrumentos suficientes para permitir a concepção, mesmo após a morte dos genitores. A reprodução assistida *post mortem* surge, assim, como mais uma importante marca alcançada pela ciência especializada.

Contudo, diferentemente da célere modernização processada no campo da reprodução artificial, o ordenamento jurídico brasileiro não conseguiu acompanhar, satisfatoriamente, tais façanhas.

Não restam dúvidas de que entre os incisos III a V, do artigo 1.597 do atual diploma civilista, o legislador fez menção ao emprego das técnicas de reprodução humana assistida (ao englobar a reprodução homóloga e heteróloga, assim como o uso dos embriões excedentários). Não obstante, o trecho final do inciso III, do mencionado dispositivo, versa sobre a reprodução assistida *post mortem* ao conferir a presunção de paternidade ao filho oriundo de fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido. Conclusão essa que, também, pode ser interpretada através do texto previsto no inciso IV, o qual aplica a presunção de filiação, oriunda do uso de embriões excedentários a qualquer tempo.

Por sua vez, ao apresentar o rol dos legitimados à sucessão, no artigo 1.798 de Código Civil de 2002, o legislador restringiu-o a dois grupos, contemplando as pessoas já nascidas, assim como aquelas já concebidas.

A análise em conjunto dos artigos 1.597, inciso III e 1.798, do diploma civilista é insuficiente, a princípio, para solucionar as demandas envolvendo a reprodução assistida *post mortem*. Conforme apresentado ao longo do presente estudo, a lacuna deixada pelo código civilista, acrescida da ausência de legislação específica sobre o tema, provoca uma série de dúvidas e debates a respeito do alcance da reprodução assistida *post mortem*, especialmente quanto à legitimidade sucessória do filho e dos direitos sucessórios em relação ao patrimônio do autor da herança.

O Conselho Federal de Medicina, desde o ano de 1992, publicou 06 (seis) resoluções sobre o tema, sendo, a mais recente, a Resolução nº 2.294, datada de 27 de maio de 2021. Em relação à possibilidade do emprego da reprodução assistida *post mortem*, o mencionado conselho não apresenta qualquer vedação,

exigindo, especificamente, autorização prévia e expressa do(a) falecido(a) para que seja conferida continuidade ao procedimento, mediante o uso do material criopreservado.

A resolução, portanto, autoriza a reprodução assistida *post mortem*, mas, obviamente, não consegue preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da ausência de legislação própria sobre o tema.

Diante desse cenário, surge a problematização envolvendo o uso de embriões e gametas criopreservados *post mortem* e os seus imediatos efeitos no campo da sucessão.

Como apontado ao longo da tese, o presente estudo filia-se à posição de que, em ambas as situações, seja envolvendo embriões ou gametas criopreservados, deverá, desde que o(a) falecido(a) tenha conferido autorização específica para continuidade do procedimento e uso do material criopreservado, ser reconhecida a filiação e, em caso de nascimento com vida, garantidos todos os direitos intrínsecos à posição de filho, incluindo aqueles relativos ao campo sucessório.

Especificamente no tocante aos embriões criopreservados, o uso destes após a morte, mediante prévia autorização em procedimento de reprodução assistida, é previsto tanto no artigo 1.597, incisos III e IV – que não apenas reconhecem a condição de filho, como também presumem a sua concepção na constância do casamento –, quanto no rol de legitimados previsto no artigo 1.798 – uma vez que foi estipulada, no texto legal, a legitimidade daqueles concebidos quando da abertura da sucessão.

A previsão do artigo 1.798 não discriminou se a concepção deveria ser intrauterina ou extrauterina, somente sendo retratada a existência de concebido quando da morte do autor da herança. Desse modo, no presente caso, o embrião criopreservado cumpre, integralmente, com a regra prevista no dispositivo civilista. Destarte, nessa primeira hipótese aventada, deverá ser reconhecida a legitimação sucessória que, em caso de nascimento com vida, ensejará a participação do filho na herança do(a) genitor(a) falecido(a).

Em relação aos gametas criopreservados (sêmen e oócitos), o seu emprego por meio das técnicas de reprodução assistida *post mortem* enseja uma situação singular e surpreendente.

Isso porque, tanto o inciso III, do 1.597 do Código Civil, como a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina autorizam o emprego, mesmo após a

morte de uma das partes, das técnicas de reprodução assistida. No dispositivo civilista, não apenas é exposta essa possibilidade, como está previsto em seu *caput* o reconhecimento do filho, sendo aplicada a presunção de que ele foi concebido durante a constância do matrimônio. O conteúdo previsto na resolução, a seu turno, dispõe sobre a criopreservação de gametas e, especificamente, no tópico VIII, textualmente permite o emprego das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, sendo requisito para tanto a existência de prévia autorização do(a) falecido(a).

A interpretação dos mencionados dispositivos assegura o reconhecimento do filho quando proveniente do uso de gametas criopreservados em técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

Em que pese o dever de ser procedido o reconhecimento do filho e, como reflexo de tal, assegurados todos os direitos relativos ao seu *status*, a exegese do teor do artigo 1.798 não permite, a princípio, a incidência dos direitos sucessórios, pois, como disciplinado no citado dispositivo legal, somente aqueles já nascidos ou já concebidos, quando da abertura da sucessão, teriam legitimidade sucessória. No caso aventado, os gametas criopreservados, em regra, não se enquadram em nenhuma das previsões.

Nesse caso, aquele que venha a nascer terá assegurado o vínculo de filiação com seus pais – incluindo aquele(a) já falecido(a) –, porém, em uma situação extremamente peculiar, não terá direitos sucessórios em face do autor da herança. Em outras palavras, estamos diante de um filho que não gozará da completude dos seus direitos.

Como destacado, a presente controvérsia poderia ser simplesmente solucionada por meio da elaboração e publicação de legislação específica sobre o tema, o que proporcionaria sanar as discussões existentes, conferindo a fundamental segurança jurídica almejada por todos os envolvidos.

Como sustentado durante a evolução da presente pesquisa, não será defendida a exclusão do filho enquanto herdeiro. Pelo contrário, no presente estudo, é adotada a posição na qual, além da posição de filho, deverá ser ratificada a plenitude de direitos pertencente ao posto por ele ocupado.

O presente posicionamento está consubstanciado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos, do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança e do adolescente e da autonomia privada.

Enquanto vivos, o casal possui plena liberdade quanto à tomada de decisões em relação ao exercício do seu planejamento familiar. Desse modo, respeitando a autonomia dos envolvidos que, conscientemente, conferiram a devida autorização para o emprego dos gametas criopreservados – mesmo após o falecimento de um deles –, a não aplicação da integralidade dos direitos para esse futuro filho, notoriamente, traduz-se em uma afronta à vontade dos pais.

Do mesmo modo, nascendo o filho, a esse é garantido o seu reconhecimento. Entretanto, ao negar-lhe os direitos sucessórios, haverá uma clara violação aos princípios da igualdade entre os filhos e do melhor interesse da criança e do adolescente. Nesse caso, será remontado o caráter discriminatório aplicado durante a codificação civilista de 1916, segundo o qual a origem da filiação era o requisito primordial em relação ao tratamento a ele conferido.

É evidente que a omissão legislativa existente no texto do artigo 1.798, que foi silente quanto à reprodução assistida *post mortem*, não pode servir de substrato para ensejar a violação de direitos inatos a um filho. Como exposto ao longo do presente estudo, a Carta Magna proíbe toda e qualquer forma de diferenciação entre filhos, independentemente de sua origem.

No tocante à segurança jurídica atrelada à herança dos demais herdeiros, enquanto não for elaborada lei específica, o próprio diploma civilista, entre os artigos 1.824 e 1.828, apresenta solução passível de ser aplicada para o emprego da reprodução assistida *post mortem* por intermédio de embriões e gametas criopreservados, sendo utilizado, para tanto, o instituto da petição de herança e, por consequência, o prazo de 10 (dez) anos para o seu manuseio.

Conclui-se, portanto, que, enquanto filho, caso venha a ser implementada a condição de nascimento com vida, deverá ser assegurada, à mencionada prole a totalidade dos seus direitos, incluindo aqueles relativos à esfera sucessória.

Após todas as mudanças promovidas pela Constituição Federal de 1988, a ausência de legislação específica acerca da reprodução assistida *post mortem* não pode e não deve servir como fundamento jurídico para subsidiar a distinção de direitos e garantias entre filhos (seja qual for a sua origem). Afinal, filhos são e sempre serão filhos.

REFERÊNCIAS

- AFP. **Bebê nasce na China quatro anos após morte dos pais**. Istoé, 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/2018-04-12-1108/>> Acesso em: 17 dez. 2020.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação Artificial Post Mortem e o Direito Sucessório**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgMk0AJ/fecundacao-artificial-post-mortem-direito-sucessorio>. Acesso em: 19 Jun. 2020.
- ALMEIDA, Maria Cristiana de. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey. 2002. p. 449-460.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, WALSIR EDSON. **Direito Civil – Famílias**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012. 588p.
- AMIN, Andréa Rodrigues. In: MACIEL, Kátia Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 49-147.
- ANDRADA E SILVA, José Bonifácio. **Direitos de Família**. Rio de Janeiro: Virgílio Maia, 1919. 375p.
- ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. **A prova Judicial de ADN**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. 276p.
- BARBOSA, Heloísa Helena. In: PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 738p.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008. 378p.
- BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai - A paternidade no Tribunal e na Vida**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. 152p.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 13. ed. Salvador JusPODIVM, 2019. 364p.
- BAZZACO, Amanda Albertoni; VALELONGO, Pamela Olivieri; MIZIARA, Ivan Dieb; BARBOSA, Caio Parente. **Entendimento do consentimento livremente esclarecido na reprodução assistida**. Revista Bioética. 2014. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/806> Acesso em: 25 jan. 2020.
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo LTDA, 1955. 336p.

BRAND, Vera Beatriz Fehér; MOLINA, Erica; CORREA, Nadeje Regina. *In*: AZAMBUJA, Ricardo; MANCEBO, Ana; MIZHARI, Claudia Petersen Françoise; ALEGRETTI, José Roberto; SANSEVERINO, Maria Teresa; DINIZ, Patrícia; ALVARENGA, Raquel; NACHEF, Sarah. **Reprodução Assistida: técnicas de laboratório**. Porto Alegre: AGE, 2017. p. 194-200.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.697 de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 out. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Infertilidade Feminina**. Biblioteca Virtual em Saúde, 2014. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/infertilidade-feminina/> Acesso em 05 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Infertilidade Masculina**. Biblioteca Virtual em Saúde, 2014. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/infertilidade-masculina/> Acesso em 05 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 399.028/SP**. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 15 abr. 2002. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=399028&b=ACOR&p=false&l=10&i=17&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 931.556/RS**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 05 ago. 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=931556&b=ACOR&p=false&l=10&i=18&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.120.676/SC**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sandeiverino. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 fev. 2011. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1120676&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.415.727/SC**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 04 set. 2014. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1415727&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.918.421/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 26 ago. 2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 149**. Sessão plenária de 13 dez. 1963. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula149/false>>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 mai. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de Repercussão Geral. Tema 622. Recurso Extraordinário 898.060**. Relator: Min. Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 21 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646.721**. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 11 set. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373165/false>. Acesso em: 12 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878.694**. Relator: Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 06 fev. 2018. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur379763/false>. Acesso em: 12 dez. 2020.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. 509p.

CARVALHO, Anne Moraes; NILO, Alessandro Timbó. **Reprodução humana assistida e o consentimento informado**. 2018. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1451/3/TCCANNECARVALHO.pdf>> Acesso em 08 jul. 2019.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva.2015. 917p.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *In*: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2004. p. 11-28.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil - Família. Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 357p.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 105**. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>> Acesso em:15 jul. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 106**. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>> Acesso em:15 jul. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 111**. 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>> Acesso em:15 jul. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 267**. 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>> Acesso em: 27abr. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). **Enunciado nº 633**. 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>> Acesso em: 19 jul. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.358 de 11 de novembro de 1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992. Disponível em:<https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf> Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957 de 15 de dezembro de 2010. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jan. 2011. Disponível

em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>
Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.103 de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 mai. 2013. Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>> Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.121 de 16 de julho de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 2015. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/212>> Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.294 de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf> Acesso em: 13 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. DJe/CNJ nº 191, Brasília, 17 nov. 2017.

Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andrea. **Tecnologias da reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso**. Rio de Janeiro: Physis Revista de Saúde Coletiva, 2015. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/physis/a/kBK3nzhbSQHF9Zp6H9RVnRD/?lang=pt>> Acesso em: 07 out. 2019.

CRUZ, Maria Luiz Póvoa. *In*: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Código das Famílias Comentado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011. p. 231-264.

CUNHA, Leandro Reinaldo; DOMINGOS; Terezinha de Oliveira. **Reprodução Humana Assistida: a resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina (CFM)**. Revista de Direito Brasileira, 2013. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2750>> Acesso em: 04 ago. 2019.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018. 148p.

D'ÂNGELO, Suzi; D'ÂNGELO, Élcio. **Teoria e Prática - Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Anhanguera Editora. 2012. 874p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. 688p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 335p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2015. p. 750.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2016. 732p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017. 797p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 791p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 496p.

DONIZETTI; Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 2. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. 183p.

FACHIN, Rosana. *In*: DIAS, Maria Berenice; CUNHA, Rodrigo Pereira da. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 6 - Famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 970p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 7 - Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015. 525p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 7 - Sucessões**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 599p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 1 – Parte Geral e LINDB**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019. 960p.

FELIX, Renan Paes. **Estatuto do Idoso**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. 267p.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito de família**. Caxias do Sul: EducS, 2015. 430p.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: direito das sucessões**. Caxias do Sul: EducS, 2020. 206p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM. 2017. 1728p.

FIUZA, César. **Direito Civil - Curso Completo**. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2004. 1056p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 541p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família. As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 773p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 552p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GUERRA, Leandro dos Santos. **A função social da família**. Revista Brasileira de Direito de Família, n.39, dez.-jan. 2007.

GASDA, Élio Estanislau. **Criopreservação de embriões humanos no contexto da saúde sexual e reprodutiva**. Curitiba: Revista Pistis & Praxis: Teologia e Pastoral, 2015. Disponível em:

<<https://periodicos.pucpr.br/index.php/pistispraxis/article/view/22191>> Acesso em: 04 mar. 2020.

GEBER, Selmo; ROQUE, Matheus; HURTADO, Rodrigo; SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida**. 1. ed. Editora Atheneu. 2016. 220p.

GEYTER, Christian de. **Assisted reproductive technology: Impact on society and need for surveillance**. Pubmed, 2019. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30799230/>> Acesso em: 03 jan. 2020.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/302/A+Insemina%C3%A7%C3%A3o+P%C3%B3stuma>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

GOMES, Orlando. **Sucessões. Rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. 353p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 728p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. 579p.

GURGEL; Claire Bazim; CREPALDI, Andrea Cristina Farkas; COSTA, Sabrina Maria Rodrigues Jacinto. *In*: AZAMBUJA, Ricardo; MANCEBO, Ana; MIZHARI, Claudia Petersen Françoise; ALEGRETTI, José Roberto; SANSEVERINO, Maria Teresa; DINIZ, Patrícia; ALVARENGA, Raquel; NACHEF, Sarah. **Reprodução Assistida: técnicas de laboratório**. Porto Alegre: AGE, 2017. p. 19 – 27.

HONORATO, Ludmila. **Mulher engravida do marido após ele morrer de câncer: ‘fiz por amor, sei que ficou feliz’**. Portal Terra, 2020. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/mulher-engravida-do-marido-apos-ele-morrer-de-cancer-fiz-por-amor-sei-que-ficou-feliz,ade7854f49ff06c91e69330f9ee2265ejui84fst.html>> Acesso em: 17 dez. 2020.

HOSPITAL SÍRIO-LIBANES. Legislação. 2017. Disponível em: <<https://hospitalsiriolibanes.org.br/unidades/itaim/reproducao-assistida/Documents/legislacao.pdf>> Acesso em: 13 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). **Enunciado nº 6**. 2002. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>> Acesso em: 25 jul. 2020.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: CJF, 2005. 508p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro Forense, 2003. p. 1040.

LEITE, Tatiana Henriques. **Análise crítica sobre a evolução das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil**. Rio de Janeiro:

Ciência e Saúde Coletiva - Revista da Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/MFFT6sywhctKRqCp8c5fNWw/?lang=pt>> Acesso em: 13 mar. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. 111p.

LIONÇO, Tatiana; CASTRO, Rosana. **Bioética em reprodução humana**. São Paulo: IPGO, 2010. Disponível em: <<https://ipgo.com.br/bioetica-em-reproducao-humana/>> Acesso em: 16 nov. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 438p.

LOURES, José Costa; GUIMARÃES, Taís Maria Loures Dolabela. **Código Civil Comentado**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 1232p.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1269p.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013. 819p.

MANFREDINI JÚNIOR, Renato. VILLA-LOBOS, Eduardo Dutra. **Vento no litoral**. 1991. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/legiao-urbana/vento-no-litoral.html> Acesso em: 21 jun. 2021.

PÉREZ, José Julián Martí. **Plantar uma árvore**. 18[...]. Disponível em: <https://www.pensador.com/plante_uma_arvore_escreva_um_livro_faca_um_filho/> Acesso em: 07 mai. 2021.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Cidadania - O Novo CCB e a Vacatio Legis**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 391-402.

MENDONÇA, Vivian L. **Biologia: Ecologia - Origem da vida e biologia celular – Embriologia e histologia**. 3 ed. São Paulo: Editora AJS, 2016. 386p.

MONTANARI, Tatiana. **Embriologia: texto atlas e roteiro de aulas práticas**. Porto Alegre: Ed. do autor, 2013. 199p.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 629p.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia Clínica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora LTDA, 2008.

MOORE; Keith L; PERSAUD; T.V.N; TORCHIA; Mark G. **Embriologia Básica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013. 368 p.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire. **Panorama bioético e jurídico da reprodução humana assistida no Brasil**. Revista de Bioética y Derecho, 2015. Disponível em: <https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1886-58872015000200007> Acesso em: 03 jun 2019.

NOGUEIRA, Cláudia. **O Direito Sucessório do Não Concebido ao Tempo do Óbito e algumas inovações na Sucessão Testamentária**. Anais do EMERJ Debate o Novo Código Civil, 2003. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_207.pdf> Acesso em: 13 nov. 2020.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do feto como valor jurídico**. São Paulo: memória Jurídica Editora, 2001. 194p.

ONGARATTO, Sabrina. **Gaúcha dá à luz 1 ano após marido morrer de covid; bebê foi concebido por FIV**. Crescer, 2021. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/noticia/2021/08/gaucha-da-luz-1-ano-apos-marido-morrer-de-covid-bebe-foi-concebido-por-fiv.html>> Acesso em: 06 set. 2021.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Curso de Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1954. 360p.

OLIVEIRA, Deborah Giocci Alvares de. **Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Gaia, 2000. 160p.

OLSHANSKY, Ellen Frances; SAMMONS, Lucy. **Artificial Insemination: An Overview**. Elsevier, 1985. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0884217515325673>> Acesso em: 21 fev. 2021.

PARENTE, Raphael Câmara Medeiros; CANAVEZ, Felipe Simões; DIAS, Saulo; ANTUNES, Roberto; BERARDO, Plínio Tostes; MIYAHIRA, Hugo; FREITAS, Vilmon de. **Criopreservação de oócitos: pode ser considerada uma rotina na prática clínica? Uma revisão sistemática**. São Paulo: Revista Feminina, 2009. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2009/v37n12/a003.pdf>> Acesso em: 10 mai. 2020.

PECCI FILHO, Antonio; MOARES, Marcus Vinícius da Cruz de Mello. **O filho que eu quero ter**. 1974. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/toquinho/o-filho-que-eu-queiro-ter.html>. Acesso em: 13 ago. 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. 501p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Direito de Família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2007. 585p.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Aguiar; SILVA, Zilda Bueno dos Santos. **A reprodução artificial post mortem e seus aspectos sucessórios**. Bauru: Revista Juris FIB, 2018. Disponível em: <<https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/359/325>> Acesso em: 07 mar. 2020.

PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes. **A história da reprodução humana no Brasil**. São Paulo: Revista Feminina, 2011. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2011/v39n2/a2450.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2019.

PEREIRA, Margarida Miguel Costeira e. **Visões sobre a duração da criopreservação de embriões em utilizadores de procriação medicamente assistida**. 2014. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Medicina Universidade do Porto, Porto, 2014. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/76791/2/32916.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. 302p.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. **A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais**. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/873>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. 348p.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Ed. UFPR, 2015. 272p.

QUEIROZ, Mônica. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2019. 1286p.

REDAÇÃO. **Morte: Nós todos vamos morrer. E, acredite ou não, esse é um evento tão natural quanto nascer, crescer ou ter filhos. No entanto, a idéia da finitude nos enche de terror. Por quê? Será que precisa ser assim? Dá para sofrer menos?** Super Interessante. 2016. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/comportamento/morte/>> Acesso em: 22 jul 2020.

RÊGO, Iris Penna Rodrigues; FERREIRA, Livia Pena; AZEVEDO; Fabiano Uba; FRANÇA, Rafaela Ferreira. **Reprodução assistida: a evolução da ciência no campo da reprodução humana**. Teresina: Revista Saúde em foco, 2019. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/02/024_REPRODU%C3%87%C3%83O-ASSISTIDA-a-evolu%C3%A7%C3%A3o-da-ci%C3%Aancia-no-campo-da-reprodu%C3%A7%C3%A3o-humana.pdf> Acesso em: 11 ago. 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Parte Geral de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2003. 354p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das Sucessões**. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2007. 342p.

ROSA, Conrado Paulino. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012. 304p.

ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Desafios Jurídicos da Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. 594p.

ROTANIA, Alejandra Ana. **Dossiê Reprodução Assistida**. Revista Rede Feminista de Saúde, 2003. Disponível em: <https://redesaude.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Dossie_reproducao-assistida.pdf> Acesso em: 05 mai. 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. 448p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Filiação e Biotecnologia**. Belo Horizonte: Mandamento. 2005. 156p.

SALEM, Tania. **As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa**. 1997. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/mana/a/94zHtgCcjzx6sZyqR7vDW7h/?lang=pt>> Acesso em: 05 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 453p.

SARMENTO, Daniel. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 221-253.

SCHETTINI, Beatriz. **O tratamento jurídico do embrião humano no ordenamento brasileiro**. Ouro Preto: Livraria & Editora Ouro Preto, 2015. 127p.

SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. **Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica**. Minas Gerais: Revista de Direito de Família e Sucessão, 2015. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/258>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SILVA, Sandra Maria da. **Direito de Filiação - O Valor do Exame de DNA**. Belo Horizonte: Decálogo. 2007. 206p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros. 2019. 936p.

SOUZA, Allan Rocha de; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **Reprodução assistida, autonomia privada e personalidade: a questão dos embriões**. Publica Direito: 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2020.

SOUZA, Karla Keila Pereira Caetano; ALVES, Oslania de Fátima. **As principais técnicas de reprodução humana assistida**. Goiás: Saúde e Ciência em Ação - Revista do Instituto de Ciência da saúde, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/182/139> > Acesso em: 12 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Belo Horizonte, IBDFAM, 2006. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1))>. Acesso em: 05 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O Princípio da Afetividade no Direito de Família. Breves Considerações**. Revista Consulex: 2012. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/7>>. Acesso em: 05 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5 - Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: MÉTODO. 2015. 645p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito de Família**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2018. 734p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. 656p.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Lei de Introdução e Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. 670p.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas. 2010. 255p.

TEPEDINO, Gustavo. *In*: REVISTA IBDFAM: **Família e Sucessões**. v.14 (mar./abr.). Belo Horizonte: IBDFAM. 2016. Bimestral. p. 11-27.

THOMPSON e THOMPSON. **Genética Médica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1993. 339p.

TURRER, Rodrigo. **Luiza Roberta Niels: A filha da esperança**. Época, 2011. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI243699-15215,00-LUIZA+ROBERTA+NIELS+A+FILHA+DA+ESPERANCA.html>> Acesso em: 25 out. 2020.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar. 2004. 253p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014. 533p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Atlas. 2014. 445p.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Inseminação artificial no ordenamento jurídico brasileiro: a omissão presente no código civil e a busca por uma legislação específica**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2011. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/734/Inseminação%20Artificial+no+Ordenamento+Jurídico+Brasileiro:A+omissão+presente+no+Código+Civil+e+a+busca+por+uma+legislação+específica>> Acesso em: 23 nov. 2020.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da Paternidade**. Belo Horizonte: UFMG, 1979. Disponível em: <[HTTPS://revista.direito.ufmg.br](https://revista.direito.ufmg.br)> Acesso em: 20 nov. 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito Civil: sucessões**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. 304p. ePUB.

ANEXO A – Relação das Resoluções do Conselho Federal de Medicina relativa às técnicas de reprodução assistida

Resolução nº 1.358 de 11 de novembro de 1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Resolução nº 1.957 de 15 de dezembro de 2010. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum.

Resolução nº 2.103 de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.

Resolução nº 2.121 de 16 de julho de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

Resolução nº 2.294 de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992

(Publicada no D.O.U., 19 de novembro de 1992, Seção I, p.16053)

(Revogada pela Resolução CFM nº 1957/2010)

Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

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

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 consciente 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.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010

(Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79)

REVOGADA pela Resolução CFM n. 2013/2013

A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 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 permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

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

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010,

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 de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, seção I, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010
HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

ANEXO ÚNICO DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10

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 reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

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 a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados 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 expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) 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 proibida a fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

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

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

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 infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações 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 embriões.

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo 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 embriões, bem 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 dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente 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 trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

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

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

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 falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE 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 embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões "in vitro" não terá outra finalidade que não a de 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 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 contraindique 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.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/10

No Brasil, até a presente data não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.358/92 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

A Resolução 1.358/92 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. Porém, dezoito anos após, considerando os avanços técnico-científicos e modificações de condutas éticas por parte da

sociedade, o Conselho Federal de Medicina decidiu, junto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo, revisar a resolução em comento, adaptando-a à evolução tecnológica e modificações de comportamento social.

Esta é a visão da comissão formada, que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 15 de dezembro de 2010.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da
Resolução CFM nº 1.358/92

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013

(Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119)

REVOGADA por Resolução CFM 2.121/2015

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, 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 casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

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

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013,

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 Revoga-se a Resolução CFM nº 1.957/10, publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79, e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de abril de 2013.

ROBERTO LUIZ D'AVILA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-geral

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 a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

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, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.

3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados 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 elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) 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 proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até

4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

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 - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

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 infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

1 - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição;

2 - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações 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 embriões;

3 - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4 - Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e 50 anos para o homem.
- 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem 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.
- 5 - 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, de acordo com a legislação vigente.
- 6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais que duas gestações de crianças de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.
- 7 - 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.
- 8 - 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.
- 9 - É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, onde doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões e tecidos gonádicos.

2 - O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

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

4 - Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1 - As técnicas de RA podem ser utilizadas acopladas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças.

2 - As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, com o intuito de seleção de embriões HLA-compatíveis com algum filho(a) do casal já afetado por doença, doença esta que tenha como modalidade de tratamento efetivo o transplante de células-tronco ou de órgãos.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de 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 contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

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

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- os riscos inerentes à maternidade;
- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;
- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/13

No Brasil, até a presente data não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.957/10 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida.

A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. No entanto, as mudanças sociais e a constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária a sua revisão.

Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança (Lei no 11.105/05), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células-tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco.

Outros fatores motivadores foram a falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados.

Esses aspectos geraram dúvidas crescentes oriundas dos Conselhos Regionais de Medicina, provocando a necessidade de atualizações.

O somatório dos fatores acima citados foi estudado pela comissão, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada, que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de abril de 2013.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 1.358/92 –

Reprodução Assistida

RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117)

REVOGADA pela Resolução CFM nº 2.168/2017

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

CONSIDERANDO a 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 casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);

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

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em de 16 de julho de 2015,

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 Revogar a Resolução CFM nº 2.013/2013, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119 e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de julho de 2015.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA HENRIQUE BATISTA E SILVA

Presidente

Secretário-geral

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

REVOGADA pela Resolução CFM nº 2.168/2017

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.

3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

4 - O consentimento livre e esclarecido informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica

do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.

6 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

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

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

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 infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano para o(a) paciente de técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

- 1- Um diretor técnico – obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição – com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;
- 2- Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações 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 embriões;
- 3- Um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o(a) paciente, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;
- 4- Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1- A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
- 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3- A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
- 4- Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).
- 5- As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.
- 6- Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.
- 7- A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8- Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

9- É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1- As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos, embriões e tecidos gonádicos.

2- O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

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

4- Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES

1- As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

2- As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

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

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

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

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Federal de Medicina.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM Nº 2.121/2015

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

Manter a limitação da idade das candidatas à gestação de RA até 50 anos foi primordial, com o objetivo de preservar a saúde da mulher, que poderá ter uma série de complicações no período gravídico, de acordo com a medicina baseada em evidências.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de julho de 2015.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.013/13 –

Reprodução Assistida

RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017

Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e associada à Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, e ao Decreto nº 8.516, de 10 de setembro de 2015,

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

CONSIDERANDO o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade;

CONSIDERANDO que as mulheres estão postergando a maternidade e que existe diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva;

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

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 21 de setembro de 2017,

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 Revogar a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117 e demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de setembro de 2017.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA

Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA

Secretário-Geral

**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 reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.

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

§ 1º A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

§ 2º As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das

circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.

6. É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

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

II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1. Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

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 infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

1. Um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição) com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;
2. Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações 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 embriões;
3. Um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;
4. Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
3. A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).
5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características

fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

7. A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora.

8. Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA.

9. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos.

2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

Parágrafo único: Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES

1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.
2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.
3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de até 14 dias.

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.
2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:
 - 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

- 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
- 3.3. Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- 3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
- 3.5. Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX – DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição e, em grau recursal, ao Conselho Federal de Medicina.

CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA
Presidente

HENRIQUE BATISTA E SILVA
Secretário-Geral

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

O uso das técnicas de reprodução assistida para preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos amplia as oportunidades de aplicação no sentido de propiciar melhor planejamento reprodutivo.

A preservação social diz respeito a pessoas saudáveis, sem indicação médica para assistência à fertilidade, no sentido de promover congelamento dos seus gametas, possibilitando a condição reprodutiva posterior.

A permissão da doação de oócitos além dos casos compartilhados contempla a questão da isonomia de gêneros.

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) permitiu a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28.03.2005). Assim, por analogia, a alteração passa de cinco para três anos o período de descarte de embriões.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão, realizada pela Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015 em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia, da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e da Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 21 de setembro de 2017.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão para Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e associada à Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, e ao Decreto nº 8.516, de 10 de setembro de 2015, e

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

CONSIDERANDO o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade;

CONSIDERANDO que as mulheres estão postergando a maternidade e que existe uma diminuição da probabilidade de engravidar com o avanço da idade;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite auxiliar nos processos de procriação;

CONSIDERANDO que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, ao julgar a ADI 4.277 e a ADPF 132, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva;

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

CONSIDERANDO o disposto na Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, que aprova o Código de Ética Médica, em seu artigo 15; e

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 27 de maio de 2021, 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 Revogar a Resolução CFM nº 2.168, publicada no Diário Oficial da União (D.O.U.) de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73, a Resolução CFM nº 2.283, publicada no D.O.U. de 27 de novembro de 2020, Seção I, p. 391, e as demais disposições em contrário.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

MAURO LUIZ DE BRITTO RIBEIRO

Presidente do Conselho

DILZA TERESINHA AMBRÓS RIBEIRO

Secretária Geral

ANEXO

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 no processo de procriação.

2. As técnicas de RA podem ser utilizadas para doação de oócitos e na preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas.

3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente.

3.1 A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

3.2 As exceções a esse limite serão aceitas com base em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos

envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente e do médico.

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.

6. É proibida a fecundação de óocitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações, de acordo com a idade:

- a) mulheres com até 37 (trinta e sete) anos: até 2 (dois) embriões;
- b) mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos: até 3 (três) embriões;
- c) em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético; até 2 (dois) embriões, independentemente da idade; e
- d) nas situações de doação de óocitos, considera-se a idade da doadora no momento de sua coleta.

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

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1. Todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2. É permitido o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros.

3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

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 infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes submetidos às técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

1. Um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição) com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

2. Um registro permanente das gestações e seus desfechos (dos abortamentos, dos nascimentos e das malformações 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 embriões;

3. Um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;

4. Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade.

3. A idade limite para a doação de gametas é de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem.

3.1 Exceções ao limite da idade feminina poderão ser aceitas nos casos de doação de oócitos e embriões previamente congelados, desde que a

receptora/receptores seja(m) devidamente esclarecida(os) dos riscos que envolvem a prole.

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a).

5. As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente.

6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de dois nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

7. Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA.

8. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA.

9. A escolha das doadoras de oócitos, nos casos de doação compartilhada, é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá selecionar a doadora que tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora, com a anuência desta.

10. A responsabilidade pela seleção dos doadores é exclusiva dos usuários quando da utilização de banco de gametas ou embriões.

11. Na eventualidade de embriões formados de doadores distintos, a transferência embrionária deverá ser realizada com embriões de uma única origem para a segurança da prole e rastreabilidade.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óocitos, embriões e tecidos gonadais.

2. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa.

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial.

5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial.

5.1 Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica.

VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES

1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s), devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido específico. No laudo da avaliação genética, só é permitido informar se o embrião é masculino ou feminino em casos de doenças ligadas ao sexo ou de aneuploidias de cromossomos sexuais.

2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de até 14 (quatorze) dias.

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez;

3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

É permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

IX - DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção não previstos nesta resolução dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição e, em grau recursal, do Conselho Federal de Medicina.