

## REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS DIREITOS DO INSEMINADO

Cássia Boeira Peters<sup>1</sup>

Denise Schmitt Siqueira Garcia<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Das técnicas de reprodução assistida; 2. Da aplicabilidade do Princípio da Isonomia; 3. Considerações sobre nascituro, concepção e direitos dos embriões à luz do Código Civil; 4. Omissão legislativa quanto à legitimação sucessória do inseminado; 5. Divergências quanto à sucessão testamentária dos herdeiros gerados de uma técnica de reprodução assistida; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### RESUMO

O presente artigo tem por finalidade uma breve apresentação das técnicas de reprodução assistida, bem como sua repercussão no mundo jurídico. Hoje devido aos grandes avanços da ciência, os ciclos de reprodução assistida possibilitam em média 50% nas chances de uma nova gravidez, sendo que o Brasil responde por mais de 47% de todos os procedimentos realizados na América Latina, estimando-se que mais de 10 mil crianças nasçam anualmente por métodos como estes. Dentro disto, será visto quanto à omissão legislativa sobre a legitimação sucessória dos filhos havidos destas técnicas, considerando que o ponto de partida inicial é a conceituação dada pelo legislador ao nascituro e a concepção no momento em que tratou do tema em nossa legislação. Ao final será dada uma visão doutrinária quanto à legitimação testamentária, tendo ou não vontade expressa do falecido em testamento. Foi utilizada a metodologia indutiva para desenvolver a presente pesquisa, utilizando-se das técnicas do referente, do fichamento e das categorias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Embrião; Reprodução assistida; Nascituro; Legitimação Sucessória.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da Univali.

<sup>2</sup> Co-autora. Doutoranda pela Universidade de Alicante em convênio firmado com a Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Pós-graduada em Direito Processual Civil. Professora da graduação e da pós-graduação. Coordenadora de Pós-graduação. Advogada. denisegarcia@univali.br

## ABSTRACT

This article aims to give a brief presentation of assisted reproduction techniques, as well as its impact on the legal world. Today due to major advances in science, assisted reproduction cycles make on average 50% chance of a new pregnancy, which accounts for more than 47% of all procedures carried out in Latin America, which more than 10 thousand children get born annually by methods such as these. Within this, will be seen as to legislative omission about the legitimization portion of the children of these techniques, whereas the additions that the starting point is the conceptualization given by the legislator to the unborn child and design at the time was the theme in our legislation. In conclusion, will be given a doctrinaire vision about the legitimization testamentary, having expressed desire or not of the deceased. Inductive methodology was used to develop this search, using the techniques of referrer, texts fiching and categories.

**KEY-WORDS:** Embryo; Attended Reproduction; Unborn; Successory Legitimation.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico terá como tema principal os direitos do inseminado advindos de uma reprodução assistida, ou seja, *fecundação do óvulo in vitro*, sendo que na legislação brasileira não existe o tema abordado de forma clara, não havendo um comprometimento dos legisladores quanto a este assunto, limitando-o, pois além de ser um tema atual, trás vários questionamentos não só no meio jurídico, mas também moral, religioso e ético.

Devido à limitação legislativa sobre o tema, o presente artigo teve como fontes de pesquisa, doutrinas, artigos científicos e a internet, no entanto, por se tratar de assunto específico e atual a doutrina ainda não está pacificada, ou seja, também aborda o tema de forma sucinta sem comprometimentos.

A revolução criada pela ciência quanto à utilização destes embriões para fecundação, fez com que a medicina avançasse consideravelmente e como conseqüência o mundo jurídico teve de acompanhar esta evolução, sendo possível que seja visto isso quando trata o Código Civil de 2002 das novas presunções de paternidade.

Polêmicas instauradas têm-se ainda a discussão quanto à sucessão legítima ou não destes embriões, pois tal comprometimento que o legislador não teve ao tratar deste assunto poderia prejudicar, ou até mesmo causar danos aos seus sucessores.

Fato é que, esta omissão legislativa nos trará consideráveis e breves apontamentos quanto à conceituação de nascituro e seus direitos desde a concepção, sem é claro, de terem-se condições de exaurir este assunto.

O objetivo geral é analisar os direitos do inseminado e destes embriões excedentários, quanto à legitimação sucessória advinda desta técnica de reprodução.

Os objetivos específicos são, verificar as técnicas de reprodução assistida, bem como as situações elencadas na legislação vigente, identificar o princípio pertinente ao estudo, às lacunas no mundo jurídico e as novas situações que estão criando-se com o surgimento destas novas técnicas, preservando o direito do nascituro, quer esteja ele já no ventre da mulher ou não.

Por razões metodológicas, o presente artigo será dividido em cinco partes. E na primeira serão analisadas as técnicas de reprodução assistida, na segunda sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seus princípios, na terceira consideração sobre nascituro, concepção e os direitos do embrião à luz do Código Civil de 2002, na quarta sobre a omissão legislativa quanto à legitimação sucessória do inseminado, e por fim na quinta sobre a divergência quanto à sucessão testamentária dos herdeiros gerados de uma técnica de reprodução assistida.

Foi utilizada a metodologia indutiva para desenvolver a presente pesquisa, utilizando-se das técnicas do referente, do fichamento e das categorias.

## 1. DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Supõe-se, hipoteticamente, o caso de um casal que após várias tentativas para terem filhos, resolvem procurar uma clínica de reprodução assistida para então alcançarem o grande sonho de construir uma família. Ao achar esta clínica, os médicos conseguem extrair e fertilizar os óvulos da mulher, técnica denominada como *fertilização in vitro*. Após a fertilização, os óvulos são implantados no útero da mulher, dando ao casal o tão desejado filho.

Casos como estes de infertilidade de casais, são em geral os grandes causadores do número de embriões excedentários em laboratórios.

Existem hoje no Brasil cerca de 11.000 embriões armazenados em botijões de nitrogênio líquido, a 196° negativos. A questão do destino a ser dado aos embriões excedentários abandonados pelos pais constitui um dos maiores problemas enfrentados pelas clínicas de reprodução assistida.<sup>3</sup>

O número de embriões excedentários destacado acima se torna grandioso devido ao fato de que em média para um tratamento de fertilização *in vitro*, se obtém 10 óvulos maduros, desses aproximadamente 70% fertilizam e aproximadamente 2,5 embriões são transferidos. De todos os casais, 65% não terão embriões remanescentes para ser congelados e os outros 35% terão uma média de 6 embriões que não foram transferidos, para congelamento.<sup>4</sup>

Quanto à inseminação artificial *in vivo* pode-se afirmar que, a mesma consiste em técnica por qual é inserido o material genético masculino na cavidade da mulher, sendo então feita de maneira artificial, sem um ato sexual normal.

No entanto, a inseminação artificial *in vitro* seria uma técnica promovida extracorporeamente, sendo colhido previamente o material genético de ambos, propiciando a fecundação, sendo que a introdução no útero materno se dará após esta fecundação.

---

<sup>3</sup>Dados retirados do site do STJ. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/89/Aspectos\\_contribui%C3%A7%C3%A3o\\_Caio%20M%C3%A1rio%20.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/89/Aspectos_contribui%C3%A7%C3%A3o_Caio%20M%C3%A1rio%20.pdf?sequence=4)> Acesso em 13/04/2010.

<sup>4</sup> Dados de 2007, do Centro de Fertilidade Rede Labs D'Or. Disponível em <<http://www.vidafertil.com.br/>>. Acesso em 20.03.2010.

Esta possibilidade dos casais inférteis de terem filhos dá-se através das técnicas de reprodução assistida, que basicamente se dividem em duas: reprodução assistida heteróloga e reprodução assistida homóloga.

Sobre a reprodução assistida heteróloga, o mesmo Reinaldo Pereira e Silva atesta:

A inseminação artificial heteróloga é a combinação da chamada terapia da infertilidade com o moderno método de eugenia positiva (a criação de seres humanos de pretensa qualidade superior através do recurso a material genético masculino selecionado). Também nesse contexto surgem os chamados "banco de sêmen", para a conservação no tempo do material genético masculino.<sup>5</sup>

Já, se diz segundo Fernanda de Fraga Balan que:

A reprodução assistida será homóloga quando os gametas utilizados para a fecundação artificial forem do casal interessado na procriação. E será heteróloga quando, na impossibilidade de um ou de ambos os interessados na procriação doarem os seus próprios gametas, forem utilizados gametas de terceiros na fecundação.<sup>6</sup>

O Conselho Federal de Medicina visando assegurar normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, criou, no uso de suas atribuições a Resolução CFM nº 1.358/92, considerando dentre outros, que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais.

Quanto à criopreservação de gametas ou pré-embriões, dispõe a Resolução o que segue:

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES  
1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões.

<sup>5</sup> SILVA, Reinaldo Pereira e. **Análise bioética das técnicas de reprodução assistida**. Ética & Bioética. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p. 126-127

<sup>6</sup> BALAN, Fernanda de Fraga. **A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>>. Acesso em 11.04.2010.

- 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.<sup>7</sup>

Ao dispor sobre estas técnicas fez o Conselho Regional de Medicina, várias ponderações, sendo que o Código Civil de 2002 não se comprometeu ao tratar das técnicas de reprodução assistida, deixando até mesmo lacunas no que diz respeito à presunção de paternidade nos casos de consentimento ao utilizar uma destas técnicas.

## **2. DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

O estudo do princípio da isonomia é imprescindível face às transformações que cercam a ciência constitucional e os novos anseios de uma sociedade que tem como objetivos os privilégios de classe, crença e origem, buscando a igualdade. Igualdade esta definida como qualidade ou estado de igual, sendo um bem jurídico inalienável, imprescritível visando à igualdade do indivíduo perante os outros indivíduos e o Estado.

Afirma Celso Antonio Bandeira de Melo quanto ao princípio da isonomia que este “preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nela não se encontram fatores desiguais”.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.358/92, Publicada no D.O.U dia 19.11.92- Seção I Página 16053

<sup>8</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35.

Este princípio está consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Cabe citar os mais importantes:

- a) igualdade racial (art. 4º, VIII);
- b) igualdade entre os sexos (art. 5º, I);
- c) igualdade de credo religioso (art. 5º, VIII);
- d) igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII);
- e) igualdade de credo religioso (art. 5º, VIII);
- f) igualdade trabalhista (art. 7º, XXXII);
- h) igualdade tributária (art. 150, II);
- h) nas relações internacionais (art. 4º, V);
- i) nas relações de trabalho (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV);
- j) na organização política (art. 19, III);
- l) na administração pública (art. 37, I).

A isonomia deve ser efetiva com a igualdade da lei (a lei não poderá fazer nenhuma discriminação) e o da igualdade perante a lei (não deve haver discriminação na aplicação da lei).

O direito a reprodução também é reconhecido como direito fundamental, sendo desta maneira, a procriação uma decisão livre do casal, sem qualquer impedimento jurídico para tanto.

Ressalta Guilherme Calmon quanto a esta liberdade de planejar a vida familiar que “com a observância de que o exercício da liberdade pressupõe responsabilidade e existência de limites imanentes, considerando o postulado basilar da convivência em grupo, ou seja, o respeito à dignidade e aos demais valores e bens jurídicos das outras pessoas no exercício dos seus direitos fundamentais”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Nova filiação: O biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 709

Neste entendimento conclui Eduardo de Oliveira Leite quanto à decisão de procriar artificialmente dizendo que:

O recurso à procriação artificial não deita suas raízes no puro egoísmo, mas é, antes de tudo, resultado de um projeto parental tendente a contornar problemas oriundos de um 'handicap' de ordem natural.<sup>10</sup>

Com esta visão é que se pode começar a tratar dos direitos da prole advinda de uma inseminação artificial homóloga, visto que no caso de reprodução artificial heteróloga, o sigilo dos bancos de sêmen é supremo quanto a esta perspectiva.

A saber, que quando um terceiro doa seu sêmen para que a mulher venha a ser fecundada, obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Logo, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que o reconhecimento do estado de filiação é personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Diante até mesmo do posicionamento do Conselho Federal de Medicina, o Estatuto se sobressai quanto a este.

Rege a Constituição Federal em seu art. 227, § 6º sobre o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, sendo que nenhuma distinção deverá ser feita entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar e sucessão.

E é com base neste princípio constitucional que Paulo Lobo dá o entendimento de que:

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais

---

<sup>10</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995 p. 346.



entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.<sup>11</sup>

A possibilidade de não reconhecer os direitos de um filho advindo de uma inseminação artificial homóloga, vai de encontro aos princípios modernos do direito de família, tal eles como os princípios da igualdade jurídica humana.

### **3. CONSIDERAÇÕES SOBRE NASCITURO, CONCEPÇÃO E DIREITOS DOS EMBRIÕES À LUZ DO CÓDIGO CIVIL**

“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. O art. 2º do Código Civil de 2002 nos trás um dos textos mais complexos do nosso ordenamento jurídico, exatamente por tratar de um assunto que ainda não tem pacificação nem no mundo médico, ou seja, o começo da vida.

Para discutir sobre os direitos de um nascituro, é necessário antes de tudo que seja determinado o início da vida. Tem-se com isso a existência de 3 correntes doutrinárias, sendo a primeira delas a corrente dos natalistas, defendendo conforme entendimento de Caio Mario da Silva Pereira<sup>12</sup> que a conquista da personalidade jurídica decorre a partir do nascimento com vida.

A corrente adotada por Clóvis Beviláqua<sup>13</sup> já admite que os nascituros possuam direitos, no entanto há uma subordinação a uma condição suspensiva consistente no nascimento com vida, sendo esta a corrente denominada de condicionalista, dominante do Direito Brasileiro principalmente em relação a direitos patrimoniais e ações de reparação.

---

<sup>11</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial**. v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003, p. 59.

<sup>12</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005. p. 217.

<sup>13</sup> BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** I. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, p. 268.

Tem-se ainda uma terceira corrente, sendo esta mais radical e minoritária, a corrente concepcionista, tendo direitos e obrigações a partir da concepção, adotada pela doutrinadora Maria Helena Diniz<sup>14</sup>. Sustentando esta teoria, argumenta-se que em nosso Código Penal é clara a punição a quem comete o crime de aborto, sendo o titular do bem jurídico neste caso o nascituro, manifestando-se o legislador em favor da personalidade anterior ao nascimento.

É garantido ao nascituro, desde a concepção, o direito a vida, pois este tem superioridade aos demais, assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*:

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 á vida, á liberdade, á igualdade, a segurança e á propriedade, nos seguintes termos;

É fato que o Código Civil protege os direitos do nascituro, obtendo como conceito de nascituro o que é de mesmo entendimento de Paulo Carneiro Maia, sendo nascituro aquele que está por nascer “sua existência é intra-uterina (*pars viscerum matris*), no ventre materno (*no uterus*), adstrita a esta contingência ate que dele separe”.<sup>15</sup>

Diante disto, tem-se que diferenciar embrião de nascituro, sendo este primeiro, de acordo com a Biologia, entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação. A partir da nona semana começa a ser denominado feto, tendo essa designação até nascer. Considerando assim para fins do presente artigo, que embrião será adotado como termo que engloba todas as fases do desenvolvimento do zigoto, a partir da concepção até sua implantação.

O embrião não pode ser considerado um puro objeto, como vem sendo reconhecido por numerosas legislações que conferem a fase embrionária uma

---

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 205.

<sup>15</sup> MAIA, Paulo Carneiro. **Nascituro. Enciclopedia Saraiva do Direito**. Sao Paulo: Saraiva, 1980, vol. 54, p.38.

tutela particular. Porém a luz do princípio da dignidade humana, que garante o pleno desenvolvimento dos membros de uma sociedade, concedendo uma tutela particular ao embrião, nos possibilitaria que os mesmos fossem utilizados como coisa, sem ligação a pessoa humana.

Possibilitar esta tutela particular seria permitir atos desordenados de pesquisas científicas, utilizando-os e descartando embriões excedentários sem proteção em nosso ordenamento jurídico.

#### **4. OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DO INSEMINADO**

A omissão do legislador quanto ao problema que envolve a legitimação sucessória do embrião crio-preservedo, aumenta de forma considerável a expectativa no mundo jurídico quanto aos casos que virão a serem discutidos na atualidade, pois não se terá amparo em nosso Código Civil, e pacificado na doutrina e jurisprudência.

Passa-se a abortar então, sobre a legitimação sucessória nos casos de reprodução assistida, no que diz respeito às presunções de paternidade estabelecidas no Código Civil em seu art. 1.597, *in verbis*:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constancia do casamento os filhos:

(...)

III – havidos por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homologa;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha previa autorização do marido.

No que concerne à diferenciação das expressões utilizadas pelo legislador "*fecundação artificial*", "*concepção artificial*" e "*inseminação artificial*", respectivamente descritas nos incisos III, IV e V do artigo acima, as mesmas devem ser interpretadas, conforme a autora Maria Leal de Meirelles<sup>16</sup>, de forma restritiva, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. Considera a autora que o uso aparentemente indiscriminado das expressões, pelo legislador, pode dar a errônea impressão de se tratar de sinonímia, o que não corresponde à realidade técnica, e que ainda, de igual forma, afirmar-se que as referidas expressões devem ser interpretadas como 'técnicas de reprodução assistida', conforme vem estabelecido no Enunciado do CJF, ainda pode deixar dúvidas quanto ao real alcance das expressões.

Com isso, como pode ser verificada, a legitimação sucessória do embrião pré-implantatário não foi objeto de regulamentação expressa.

Supõe-se agora, que no caso exemplificado no começo deste artigo, em que o casal que procurou a clínica de reprodução assistida, tenha deixado alguns óvulos fecundados armazenados nesta clínica, os chamados embriões excedentários. E então o varão tenha falecido após algum tempo, e diante do falecimento de seu marido, a mulher tenha decidido também depois de algum tempo ter mais um filho de seu marido já falecido. Teria este filho gerado por uma técnica de reprodução assistida após a morte de seu pai algum direito sucessório? E quanto à igualdade dos filhos, teria direitos iguais aos demais?

Assim estabelece o artigo 1.798 do Código Civil: "Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão".

Analisando a lei expressa, sem hermenêutica, se teria então a certeza de que o filho nascido de uma reprodução assistida após a morte de seu pai, não teria direito sucessório algum visto que não era nascido a época da abertura da sucessão. Diz Oliveira Ascensão que somente têm capacidade sucessória as

---

<sup>16</sup> Enunciado aprovado na **III Jornada de Direito Civil**, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 01 a 03.12.2004.

peças concebidas ao tempo da abertura da sucessão. O que exclui imediatamente aqueles que só depois venham à existência, através da fecundação realizada mediante espermatozoides crio-preservados.<sup>17</sup>

Porém não está excluído da herança por ser reconhecido o seu direito a filiação, estabelecido pelo Código Civil no art. 1.597 como já visto acima.

No entanto por outro ponto de vista da interpretação dada à lei, teria o filho advindo desta reprodução direitos sucessórios sim, já que o embrião depois de fecundado, mesmo sem ter sido implantado no útero materno, já estaria na classificação de concepção imposta pela lei.

Ainda citando o exemplo da mulher que decidiu ter filho após a morte de seu marido através de uma reprodução assistida. E se a partilha de todos os bens do falecido já tivesse sido feita? Dever-se-ia despartilhar a partilha com esta nova situação?

Entende-se que o embrião é detentor de direitos da personalidade, no entanto, quanto ao direito sucessório, como resolver?

Resolve esta questão Celso Antonio Bandeira de Melo, quando afirma que os que já existem recebem um dado tratamento, os que não existem e virão a existir receberão outro tratamento. É a diferença entre existir e não existir (ter ocorrido ou não ter ocorrido) que o direito empresta força de fator distintivo entre as situações para lhes atribuir disciplinas diversas. E, mesmo nesta hipótese, não é ilimitada a possibilidade de discriminar. Assim, os fatos já existentes foram e continuam sendo todos eles tratados do mesmo modo, salvo se, por outro fator logicamente correlacionado com alguma distinção estabelecida, venham a ser desequiparados.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> ASCENSAO, Jose de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 5. Ed. Ver. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 128.

<sup>18</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31-32.

## 5. DIVERGÊNCIAS QUANTO À SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA DOS HERDEIROS GERADOS DE UMA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Código Civil de 1916 estabelecia regra em que caso houvesse permissão expressa em testamento, poderiam os filhos não concebidos terem direitos testamentários, porém, aquela época, a referência era dada à prole eventual. Hoje, em seu artigo 1.799, o Código Civil de 2002 também deixa esta regra estabelecida que seria uma exceção.

No entanto, ao tratar de prole eventual, doutrinadores divergem quanto ao assunto, pois são incertos quais seriam os beneficiados com a sucessão testamentária. Leciona Maria Helena Diniz que:

A expressão prole eventual só compreende os filhos e não os netos da pessoa indicada pelo testador. Diante do estágio atual da lei, o testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão somente para conseguir o benefício testamentário, fazendo com que a adoção deixa de ser um ato de amor para atender a finalidades econômicas, gerando problemas emocionais a criança adotada para tais fins, ante a não aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança. E além disso, é preciso atender a vontade do testador, que poderá ter assim disposto para dar continuidade a seu patrimônio, em razão de vínculo de consangüinidade.<sup>19</sup>

É neste entendimento da doutrinadora acima que se pode associar aos filhos advindos de uma técnica de reprodução assistida, pois a pessoa designada pelo testador, poderia também se submeter a esta técnica somente para fins patrimoniais.

Porém se o testador, não fizer nenhuma diferenciação quanto aos filhos, poderão sim ter direitos testamentários, visto o princípio de igualdade entre os filhos.

---

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 6: Direito das sucessões. 18. Ed. Ver., aum. E atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e o Projeto de Lei 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 172.

Contudo, fato é que no Brasil, não se faz obrigatório o testamento, cabendo a adequação da lei fria a nossa realidade, pois não há como não tutelar os direitos desta prole.

Combinando-se os artigos já expostos anteriormente, qual sejam os artigos 1597, III e o 1.798 do Código Civil, ver-se-á que o direito destes filhos havidos de reprodução assistida homologa poderão ter seus direitos, haja vista a retroatividade ao tempo em que seus genitores ainda eram cônjuges.

E levando em consideração esta retroatividade, será constatado que mesmo sem o testamento, a vontade do cônjuge ou companheiro agora falecido já havia sido expressa no momento em que se propôs a reservar seu material genético para a reprodução assistida por força da Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina.

Com isso, mesmo sem testamento, deixou “reservado” o direito à sucessão testamentária de seu futuro herdeiro no momento em que expressou sua vontade armazenando seu material genético, gerando problemas futuros para seu herdeiro caso esta vontade não fosse respeitada, podendo até mesmo a prole pleitear direitos posteriores com uma simples investigação de paternidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sob a perspectiva do que foi explanado, tem-se que o legislador ao não se comprometer com os efeitos sucessórios dos filhos havidos por uma reprodução assistida, deixou lacunas para que o tema fosse de grande discussão entre doutrinas e jurisprudências.

Certo é que por ser grande o numero de embriões excendetários em laboratório hoje, a hipótese de filhos serem concebidos após a morte de seu genitor não poderá ser descartada. E diante deste fato é que deverá haver adequação às várias situações que podem acontecer.

Com tudo fica claro que o assunto não poderá ser esgotado, pois não implica em direito absoluto. Deve-se observar que quanto à sucessão legítima, terá o filho concebido direitos após seu nascimento, porém seguindo o princípio da isonomia, deve-se tratar os casos desiguais como desiguais, ou seja, não há como desfazer uma partilha que há anos já foi feita.

Já quanto à sucessão testamentária, quando o testador deixar expresso em seu testamento os direitos desta prole, não haverá o que se discutir. No entanto no caso de não haver testamento, deverá ser analisado que a vontade já foi expressa no momento em que decidiu armazenar juntamente com sua esposa ou companheira seus materiais genéticos em clínica especializada.

Não poderá ser o embrião excendentário tratado como coisa, sem direitos ou obrigações, porém por se tratar de situação específica e ainda como exceção a regra, os casos devem ser analisados distintivamente, sem deixar jamais de contemplar a prole havida de uma inseminação artificial *in vitro*.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 5. ed. Ver. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

Dados retirados do site do STJ. Disponível em <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/andle/011/89Aspectos\\_contribui%C3%A7%C3%A3o\\_Caio%20M%C3%A1rio%20.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/andle/011/89Aspectos_contribui%C3%A7%C3%A3o_Caio%20M%C3%A1rio%20.pdf?sequence=4)> Acesso em 13/04/2010.

Dados de 2007, do Centro de Fertilidade Rede Labs D'Or. Disponível em <<http://www.vidafertil.com.br/>>. Acesso em 20.03.2010.



SILVA, Reinaldo Pereira e. **Análise bioética das técnicas de reprodução assistida.** Ética & Bioética. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

BALAN, Fernanda de Fraga. **A reprodução assistida heteróloga e o direito da pessoa gerada ao conhecimento de sua origem genética.** Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2544/A-reproducao-assistida-heterologa-e-o-direito-da-pessoa-gerada-ao-conhecimento-de-sua-origem-genetica>>. Acesso em 11.04.2010.

Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 1.358/92, Publicada no D.O.U dia 19.11.92-Seção I Página 16053

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil I.** 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944.

**Direito das famílias** / Maria Berenice Dias organizadora. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** Vol. 6: Direito das sucessões. 18. ed. Ver., aum. E atual. e acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) e o projeto de Lei 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 1994.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial.** v. XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

MAIA, Paulo Carneiro. **Nascituro**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1980. vol. 54.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

Produção científica CEJURPS – 2006 / universidade do Vale do Itajaí. – Itajaí: Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

Produção científica CEJURPS/2008 [anais] / Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008.

Enunciado aprovado na **III Jornada de Direito Civil**, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 01 a 03.12.2004.