

A reprodução humana assistida é uma realidade presente há décadas em todo o mundo. Segundo Maria Helena Diniz, as técnicas de reprodução assistida se dão pelos métodos chamados ZIFT (*Zigot Intra Fallopian Transfer*) e GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*). A ectogênese, ou fertilização *in vitro*, concretiza-se pelo método ZIFT, em que o óvulo da mulher é retirado e fecundado, sendo o embrião posteriormente introduzido no útero. Já a inseminação artificial se processa pelo método GIFT, que consiste na inoculação do sêmen na mulher, sem manipulação externa do óvulo ou do embrião.¹

O primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Brown, nasceu em 1973. Apesar da divulgação da possibilidade desta forma de concepção e da introdução dessas técnicas no Brasil desde a década de 1980,² não há ainda na legislação federal resposta à maior parte das questões decorrentes da prática. O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), ao abordar o tema, limitou-se à presunção de paternidade (artigo 1.597). A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005) autoriza a cessão de embriões congelados há três anos ou mais para a utilização para fins de terapia e de pesquisa (artigo 5º, II).³

As lacunas da legislação federal foram colmatadas pela Resolução nº 1.358, de 19 de novembro 1992, do Conselho Federal de Medicina, que estabelecia diretrizes para a prática e fixava limites éticos a serem observados. O regulamento foi substituído subsequentemente pelas

¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 569.

² CORRÊA, Marilena C. D. V.; LOYOLA, Maria Andréa. Reprodução e bioética. A regulação da reprodução assistida no Brasil. In: *Cadernos CRH*. Salvador: Centro de Recursos Humanos/UFBA, v. 18, n. 43, p. 103-112, jan./abr., 2005.

³ Ressalte-se que o mencionado dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3.510/DF, em 29/5/2008. “Em conclusão, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização” (Informativo STF nº 508:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>)

Resoluções nº 1.957/2010, nº 2.013/2013 e nº 2.121/2015. A última se encontra em vigor na presente data.

A ausência de disciplina da matéria traz alguns prejuízos para as famílias que precisam se utilizar dessas técnicas para reprodução. Decerto, há inúmeras questões a serem resolvidas pelo Congresso Nacional, algumas sendo objeto de proposições em tramitação nesta Casa. Dentre as polêmicas existentes, podemos citar: o direito de nascidos dessas técnicas conhecerem o pai biológico, nos casos de fecundação artificial heteróloga; da destinação – e consequente possibilidade de descarte – de pré-embriões e gametas; sobre a admissibilidade de gestação de substituição no ordenamento brasileiro; sobre quem pode ser doador de material genético etc.

Diante da multiplicidade de questões de difícil resolução, cremos ser prudente enfrentar essa questão pontual por meio de projeto de lei específico, deixando para outros foros a resolução de temas em que é maior a controvérsia e, portanto, mais difícil o consenso.

Um dos mais sensíveis dilemas jurídicos se verifica quando falece um dos cônjuges ou companheiros que desejava realizar o tratamento. Exsurge a controvérsia acerca da possibilidade de o filho concebido por meio de técnica de reprodução assistida ser considerado herdeiro.

O artigo 1.798 do Código Civil preceitua que se legitimam a suceder as pessoas já concebidas no momento da sucessão. Não define, contudo, o que se entende por concepção. Ocorreria pela simples penetração do espermatozoide no óvulo (reputando-se concebido o embrião *in vitro*) ou apenas quando da implantação ou da fertilização? Eduardo de Oliveira Leite, Silmara Chinelato, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias, por exemplo, entendem que, ocorrendo a concepção laboratorial previamente à morte, são garantidos os direitos sucessórios ao filho, ainda que a implantação ocorra posteriormente. Os autores concluem que o filho havido por fertilização homóloga com o material genético conservado do falecido não tem direito à herança, a teor do artigo 1.798 do Código.

Confira-se trecho da obra de Rosenvald e Farias:

“Não é demais reiterar interessante discussão sobre os efeitos sucessórios decorrentes da fertilização assistida. Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos dos arts. 1.597, III, e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia *concepção laboratorial*, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o art. 1.798 é de 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). A outro giro, se não havia *concepção*, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual. Mas, curiosamente, haverá a presunção de paternidade, caso preenchidas as diretrizes do inciso III do art. 1.597. Ou seja, o exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, na qual *uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo*. Poderá, de qualquer sorte, ter sido beneficiada por testamento deixado pelo seu pai em favor da prole eventual (CC, art. 1.800, § 4º), desde que tenha sido concebida no prazo de dois anos, contados a partir da data do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, volume 6. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 577)

Tal entendimento não merece prosperar. A interpretação contradiz o disposto no artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), que autoriza a realização de pesquisa com células-tronco de embriões congelados há três anos ou mais. De um lado se considera o embrião *concebido*, reservando-lhe direitos sucessórios e, de outro, permite a sua utilização como objeto de pesquisa científica.

Aliás, ao prevalecer essa doutrina, criar-se-ia a insustentável distinção jurídica: a implantação do embrião no útero feminino após três anos, por exemplo, conferiria ao filho assim havido a condição de herdeiro, enquanto que ao filho havido por inseminação artificial após o idêntico período de três anos seria negado o mesmo direito.

Assim, o parâmetro jurídico para se aferir a igualdade ou a desigualdade da situação não deve repousar sobre o método de reprodução assistida utilizado, mas sim sobre o claro parâmetro constitucional: a condição de filho. O texto constitucional impõe a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos (artigo 226, § 6º), não se admitindo que o legislador ou o aplicador da lei se valha de critérios outros para promover a distinção de situações jurídicas.

Creemos que se a filiação é reconhecida, segue-se de consequência o direito de suceder, independentemente do período decorrido entre a abertura da sucessão e a concepção. É esse o posicionamento de Maria Berenice Dias, que assevera:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227, § 6º). **Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC, art. 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*.** Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. **A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução assistida *post mortem*.** (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013)

Este parlamento não pode se furtar à análise da questão, a despeito de sua complexidade. Reconhecemos a existência de proposições legislativas em tramitação que cuidam, ainda que não de forma exclusiva, do tema que trazemos à apreciação dos nobres pares.

Os Projetos de Lei nº 4.892, de 2012, e 115, de 2015, ambos no artigo 59, asseguram direitos sucessórios aos filhos havidos por meio de técnicas de reprodução assistida nos casos em que a gravidez se inicie em até três anos da abertura da sucessão. Embora imponham um limite temporal, não se valem as proposições da distinção baseada no método de concepção escolhido pelo casal.

Ainda que mais justo o critério utilizado nos projetos supramencionados, entendemos ser imperioso ir além, a fim de bem atender ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Considerando a atual exigência de as clínicas de reprodução assistida de colherem termo de consentimento informado a respeito da utilização dos gametas ou embriões após a morte, divórcio ou doenças graves (Resolução CFM nº 2.121, de 2015, itens V, 3; e VIII), parece razoável compreender que, pretendendo exercer a paternidade, o falecido tenha também a intenção de garantir direitos sucessórios ao concepturo.

Ante o exposto, conclamamos os ilustres pares a envidar os esforços necessários a fim de consignar de forma expressa na legislação pátria a capacidade sucessória dos concebidos após a abertura da sucessão, pondo termo a discussões jurídicas sobre o tema e concretizando o princípio constitucional inscrito no § 6º do artigo 227 da Carta Magna.

Sala das Sessões, em de de 2017.

Deputado CARLOS BEZERRA