**TESTAMENTO BIOLÓGICO: A REPRODUÇÃO ASSISTIDA DA CRIANÇA NASCIDA POST MORTEM E SEU DIREITO SUCESSÓRIO[[1]](#footnote-2)**

*Marcos Henrique Sacramento Brito e Mozaniel Vaz da Silva*

**Sumário**: 1 Introdução; 2 Preceitos legais da reprodução assistida no Brasil; 2.1 Reprodução assistida homóloga; 2.2 Reprodução assistida heteróloga; 3 Filiação na reprodução assistida; 3.1 Presunção de paternidade na reprodução assistida homologa *post mortem*; 4 Aspectos sucessórios da prole concebida diante de inseminação *post mortem*; 4.1 A prole eventual como exceção à regra no direito das sucessões; 5 O testamento biológico e a problemática da falta de regulamentação no direito sucessório *post mortem*; Conclusão; Referencias

**RESUMO**

A constante rapidez com que as fatos mudam no mundo da medicina hoje requer uma resposta na mesma proporção em efetividade por parte do direito. Variando desde os simples tratamentos até os mais complicados, eticamente e legalmente falando, uma das vertentes onde este crescimento é bem visível é no campo da reprodução humana. O Brasil possui em seu Código Civil e em outras legislações paralelas diversas menções as formas de reprodução assistida atualmente adotadas em território nacional. A compreensão destes institutos se faz necessária pois a certa complexidade de áreas do direito como o Direito de Sucessões, dependem de conceitos estabelecidos por estas mesmas leis. Diante de todo este cenário de mudança, o testamento genético, uma nova forma de compreender e revisar o conceito de herança, surge de forma a fomentar a discussão sobre as previsões legais existentes no brasil, ou a ausência delas, sobre o assunto em território nacional.

**Palavras-chave**: Código Civil. Reprodução assistida. Direito de Sucessões. Testamento genético.

**1 INTRODUÇÃO**

Com a evolução constante da medicina, particularmente nas últimas décadas, diversos conceitos do direito acabaram passando por reformas completas na forma como suas características e limites são considerados e, por consequência analisados quando se tratando de uma perspectiva jurídica, e com o direito família e sucessões não fora diferente.

Uma das áreas onde atualmente a medicina avança constantemente é no que diz respeito a reprodução humana, seja no que diz respeito a questões éticas como no caso da clonagem de seres humanos ou ainda na utilização de células tronco embrionárias como material genético para uso em transplantes, ou até mesmo algo mais ‘simples’ como o acompanhamento médico da inseminação artificial para aqueles que precisam de ajuda na concepção de um filho(a), o que se pode notar é que há um avanço em grande escala na parte medicinal enquanto em contrapartida, a passos lentos, caminha a progressão de diversas áreas do direito.

A ideia aqui é trabalhar um ponto especifico do direito de sucessões que é a concepção de filhos (que abordaremos se serão ou não também herdeiros) na ocasião da ausência de um dos pais por morte de um destes, ou seja, em caráter *post mortem*.

**2 PRECEITOS LEGAIS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL**

Como mencionado anteriormente, uma das práticas da medicina atual que vem crescendo amplamente, não apenas no Brasil mas, de forma geral em todo mundo, é a reprodução assistida. A reprodução assistida, também conhecida por outros nomes como reprodução medicamente assistida ou procriação medicamente assistida, pode ser conceituada como um conjunto de técnicas e tratamentos medicinais com finalidade de facilitar a gestação, ou seja, métodos com o propósito de auxiliar a reprodução humana. Uma prática muito comum, que integra essa gama de métodos de auxílio a reprodução humana é a inseminação artificial, entre outras várias técnicas diferentes.

Atualmente no Brasil, a reprodução assistida encontra-se regulada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) mais precisamente através da Resolução Nº 2.013/13 que dispõe das características legais e também éticas envolvidas no que diz respeito a estas técnicas. Esta resolução discorre sobre diversos temas específicos ao processo de facilitação da reprodução humana e estabelece alguns critérios para com o seu uso. Ela menciona os requisitos para aqueles que querem aplicar ao processo de reprodução assistida bem como estabelece normas de como esse processo se dará. Dentre muitos outros, algumas normas que se destacam por exemplo é a impossibilidade de escolha do sexo da criança que será fruto da reprodução assistida, bem como a proibição de utilização das técnicas para qualquer fim diverso que não o da reprodução humana.

De acordo com o Direito Civil brasileiro, a reprodução assistida poderá ser caracterizada de duas formas: de forma homóloga ou de forma heteróloga.

**2.1 Reprodução assistida homóloga**

A reprodução de forma homóloga, nas palavras de Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho pode ser entendida como a concepção artificial “realizada com material genético de ambos os cônjuges” (2012, p. 1518). No que se refere a este assunto o doutrinador Flávio Ulhoa Coelho elabora um pouco mais sobre a técnica e a conceitua da seguinte forma ao comentar sobre a filiação biológica não natural:

A filiação biológica não natural deriva da aplicação de técnicas de fecundação assistida homóloga. Nela, os gametas (espermatozoide e óvulo) são fornecidos pelos próprios contratantes do serviço, isto é, pelo homem e mulher que desejam ser pais, mas não têm conseguido a gravidez por meio de relações sexuais. Ao se submeterem a essas técnicas, eles manifestam a vontade de ter filhos, ainda que implicitamente. Mas declaram também, e aqui de modo expresso, a vontade de que os gametas e embriões excedentários crioconservados não sejam usados no futuro sem sua autorização (2012, p. 371)

A ressalva ao final da declaração do autor é importante pois uma vez estabelecido a relação com a clínica prestadora do serviço de reprodução assistida e que irá, eventualmente, guardar os óvulos excedentes, esta (a clínica) fica então obrigada a não realizar nenhum tipo de manuseio daquele material genético, seja para utilização ou mesmo para descarte sem a prévia notificação dos provedores do material e, nos casos necessários, também os seus respectivos consentimentos.

O destino desses embriões descartadosou excedentários tem constituído um dos mais delicados problemasrelacionados com a reprodução assistida, especialmente quando oscônjuges ou companheiros não têm mais interesse em conceber outros filhos,nem permitem que sejam utilizados em outras mulheres (LÔBO, 2011, p. 223)

**2.2 Reprodução assistida heteróloga**

Já no que diz respeito a reprodução assistida heteróloga há algumas diferenças com relação a forma homóloga que se faz preciso pontuar para maior compreensão da matéria. A inseminação artificial heteróloga “se dáquando é utilizado sêmen de outro homem, normalmente dador anônimo, enão o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher” (LÔBO, 2011, p. 224)

Comenta Fabio Ulhoa Coelho ao dissertar sobre a filiação por substituição, sobre essa forma de reprodução assistida:

A filiação por substituição provém do emprego de técnica de reprodução assistida heteróloga, em que os pais contratam os serviços médicos de concepção in vitro, sem pelo menos um deles fornecer o gameta. Por vezes, também ocorre a geração do filho em útero de outra mulher que não a mãe (2012, p. 366)

A característica mais marcante para diferencia-la da forma homóloga é que, enquanto nesta primeira há a o consentimento e doação de material de genético de ambos, homem e mulher, na forma heteróloga, parte do material genético utilizado será na forma de alguma doação, seja esta anônima ou não: “inseminação artificial heteróloga, aquela realizada com material genético de terceiro, ou seja, alguém alheio à relação conjugal” (GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 1518)

**3 FILIAÇÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

Algo relevante quando tratamos da reprodução medicamente assistida é que o Código Civil de 2002 fez questão de deixar alguns artigos que servem como norteadores no que diz respeito a como se dá a filiação quando no processo de concepção da criança há o envolvimento de procedimentos medicinais na forma homóloga ou heteróloga. No capítulo que discorre sobre filiação há algumas menções à como se constatará a filiação e apresenta os casos em que esta poderá vir a ser presumida, mas primeiramente, discorramos um pouco sobre a filiação de modo geral como abordada na Lei Nº 10.406/02 que em seu Artigo 1.596 afirma que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos equalificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Esse primeiro dispositivo é importante pois caracteriza todos os filhos como iguais o que assegura de forma satisfatória o exercício de diversos direitos ligados a filiação como a possibilidade de pedir auxílios, na forma de pensão a um dos genitores, por exemplo, ou mesmo direitos referente a sucessão.

**3.1 Presunção de paternidade na reprodução assistida homóloga *post mortem***

No que diz respeito a presunção de paternidade, o Código Civil de 2002, também não deixa lacunas quanto as formas de reprodução assistida, apresentando em particular três casos, dos quais dois já foram discutidos anteriormente aqui, onde a filiação acaba por ser presumida quando envolve um dos procedimentos de reprodução medicamente assistida. Assim afirma o código:

**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. (grifo nosso)

Como visto, o código em questão faz menção a duas formas de filiação: a filiação biológica nos casos onde há herança genética tanto da mãe, quanto do pai, que pode ser observada particularmente nos incisos III e IV do artigo anteriormente citado. Além da filiação biológica o mesmo artigo faz menção ainda a outro tipo de filiação, a por substituição, em seu artigo V, conceito este ligado a forma de reprodução assistida no tipo heteróloga onde há apenas um doador de material genético que irá efetivamente constar no registro como pai ou mãe daquela criança (COELHO, 2012, p. 366).

Falando especificamente da presunção de filiação quando esta se dá na forma reprodutiva homóloga é pacifico o entendimento que os filhos concebidos através de inseminação *post mortem* terão sua filiação presumida. A razão disto é que, como visto durante o processo de coleta e fecundação do material genético há a criação de “sobras” que por muitas das vezes acabam não sendo utilizadas devido a uma fertilização bem sucedida. Ocorre que, mesmo para o material genético restante, que normalmente fica armazenado, o conceito de vontade livre, e própria, do casal em submeter a tal procedimento aplica-se ainda ao material ainda não utilizado. Ora, então é fácil entender que, uma vez mesmo após o falecimento de um dos genitores, aquele que decidir utilizar-se do material genético restante o faz dentro dos limites e desejos do genitor já falecido, uma vez que ambos, em mutuo consentimento, concordaram em submeter-se ao processo de reprodução assistida: “não se admite, em outros termos, a filiação post mortem senão na hipótese de reprodução assistida homóloga” (COELHO, 2012, p. 383).

**4 ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA PROLE CONCEBIDA DIANTE DE INSEMINAÇÃO*POST MORTEM***;

O direito de sucessão, que pode ser caracterizado como algo que “abrange não só os casos de transferência de direito subjetivo ou de dever jurídico *mortis causa*, como também os atos *inter vivos*” (WALD, 2012, p. 23). Flávio Tartuce, ainda sobre o tema, elabora um pouco sobre a nomenclatura do termo ao afirmar em sua obra que: “genericamente, ou em sentido amplo, a palavra sucessão significa transmissão, o que pode decorrer de ato *inter vivos* ou *mortis causa*” (2014, p. 30). O autor, ao citar o doutrinador Carlos Maximiliano, conceitua ainda o direito de sucessões como aquele que:

em*sentido objetivo*, é o conjunto de normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência de sua morte. No *sentido subjetivo*, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto. (TARTUCE *apud* MAXIMILIANO, 2014, p. 31)

Roberto SenesiLisboa ao discorrer sobre o Direito de Sucessões estabelece ainda que o mesmo se dá através de três modalidades, que são:

a) sucessão por ausência, abrindo-se a sucessão provisória dos bens doausente a partir da sentença judicial que assim estabelece;

b) sucessão por desaparecimento em catástrofe ou acidente, abrindo-sea sucessão definitiva a partir da data em que o juiz considera que a pessoamorreu por força do sinistro;

c) sucessão por morte real, abrindo-se a sucessão a partir da data dofalecimento mencionada na certidão de óbito. (2008, p. 392)

Como visto, o direito de sucessão pode ser trabalhado sob duas perspectivas mas, para nível deste trabalho, o foco principal abordado será aquela decorrente da morte (*mortis causa).* No direito atual, o direito de sucessões acaba por tratar principalmente do aspecto econômico,uma vez que, além do notório interesse daqueles aptos receberema herança, por lidar com valores financeiros acaba por torná-lo mais visível, tangível. Entretanto, como será visto adiante, há outras áreas a serem exploradas no que diz respeito a esta matéria em especifico.

**4.1 A prole eventual como exceção à regra no direito das sucessões**

Via de regra, no ordenamento brasileiro, no que diz respeito ao Direito das Sucessões, a regra utilizada é aquela baseada no Princípio da Coexistência. Este princípio tem relação com a capacidade de receber a herança estabelecendo que só terá a capacidade de herdar a prole que fora concebida ou que já havia nascido previamente a abertura da sucessão, ou seja, é preciso haver a coexistência, em determinado momento no tempo, daquele que irá eventualmente ensejar o direito sucessório (através da sua morte) e aquele que irá beneficiar-se deste direito.

Uma vez que a sucessão envolve a transmissão de direitos e bens, a ideia por trás da implementação desta regra é a da tentativa de estabelecimento de certa ordem no processo de sucessão, ordem aqui analisada da perspectiva de organização. A proposta é regulamentar a divisão destes possíveis bens e direitos de forma igualitária e nos termos da lei, mais precisamente com base nas disposições do Código Civil de 2002, e evitar que procedimento precise ser refeito posteriormente. Entretanto, cabe pontuar que essa regra comporta uma exceção: a prole eventual.

A primeira menção que podemos fazer com relação a este instituto encontra-se no Código Civil de 2002 no Art. 1.799, que encontra-se no Capítulo do Código Civil referente a Vocação Hereditária, afirma este que:

**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.

A menção feita sobre o assunto pelo atual Código Civil é uma característica histórica, uma vez que o Código Civil de 1916 já fazia menção a esta característica do direito sucessório no seu Art. 1.718, onde lia-se que:

**Art. 1.718**. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir á prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão

O que acontece nesta modalidade é o seguinte: o testador poderá nomear que a prole de uma pessoa de seu interesse integre a relação daqueles “afetados” pelo direito sucessório que sua morte irá ensejar, como forma de assegurar que o direito destes seja garantido de forma especifica – ao invés de por exemplo apenas apontar que sua herança seja entregue aos pais desta prole que são seu real objetivo de benefício. Uma vez aberta a sucessão há um prazo decadencial de dois anos para que as pessoas indicadas venham a ter os filhos, que precisam nascer com vida, “alvos” da herança, caso não o façam a parte referente a estes da herança será remetida aos demais herdeiros legítimos (quando houver).

Ponto importante sobre essa discussão doutrinária é que há entendimento que através da ideia da prole eventual, por meio de analogia, é possível então aferir que aquele embrião excedente do processo de inseminação e previamente mencionado, através da reprodução assistida homologa, terá seus direitos sucessórios garantidos. Ou seja, após a morte do *de cujus* que enseja o processo de sucessão, o parceiro deste também tem o prazo de dois anos para a concepção de um novo filho que ainda será beneficiado através da herança. Esse benefício posterior é assegurado pois, havendo essa possibilidade testamentária, um curador será apontado para cuidar da parte que cabe a esta prole durante o prazo decadencial. “Por fim, não se olvide que os bens da prole eventual serão entregues ao curador mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado” (TARTUCE, 2014, p. 207)

Como mencionado, se não houver o nascimento da criança, com vida, dentro do prazo após a abertura da sucessão a parte referente a esta volta estar aberto para os demais herdeiros receberem, proporcionalmente as suas partes.

**5 O TESTAMENTO BIOLÓGICO E A PROBLEMÁTICA DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO SUCESSÓRIO *POST MORTEM***

Uma vez estabelecida a base para a compreensão do assunto, é preciso então adentrar na matéria especifica do chamado testamento biológico ou como também é conhecido testamento genético. A discussão sobre o tema ganhou repercussão após o caso israelense onde homem deixou seu material genético em forma de “herança” para que seus pais escolhessem quem eles gostariam que fosse a mãe de seu neto, entregando a esta o material para que houvesse a fecundação e assim o nascimento da criança, por meio de inseminação artificial (FLINT, 2014).

O caso apresentado é inovador pois, o material genético deixado pelo *de cujus* passa, de acordo com a proposta estabelecida pelo caso israelense, a integrar a herança, ou seja, será então constituído um bem suscetível ao inventário, que nas palavras de Arnoldo Wald é “o processo judicial ou extrajudicial de levantamento e apuração dos bens pertencentes ao falecido, que visa a realização do ativo e o pagamento do passivo, a fim de repartir o patrimônio do de cujus entre os seus herdeiros” (2012, p. 639). Assim sendo o material genético é considerado bem e pode ser alvo da partilha.

Acontece que, não apenas no Brasil, mas de forma geral há uma carência no que tange a legislações para lidar com o assunto, uma vez que o primeiro precedente estabelecido vem também de Israel e data de apenas 3 anos atrás, em 2011 (FLINT, 2014).

É fato, essa ausência de uma legislação especifica para tratar da discussão sobre o testamento biológico levanta diversas questões não apenas do ponto de vista moral e ético, quanto também das repercussões fáticas e legais atreladas ao fato supracitado. A nível de parâmetro é possível citar que recentemente no Brasil, um caso que corre em segredo de justiça fora notificado pelo TJDFT, onde a 3ª Turma Civil, por maioria dos votos, entendeu que a manipulação do material genético só pode ser feita se houver previa autorização em vida do *de cujus* para a manipulação deste em caráter *post mortem* (‘Utilização de material..’, 2014).

Dada a clara falta de material para discorrer sobre o tema, cabe senão então fazer extensiva análise, por meio de analogias e parâmetros que ajudem a compreender sobre a possibilidade ou não deste instituto em território nacional. Dentro da já citada Resolução Nº 2013/13 do Conselho Federal de Medicina em seu item VIII, parece ir de encontro a decisão do TJDFT, pois afirma que “é possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso domaterial biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. Considerando-se que não há nenhuma legislação atualmente em vigor que disponha sobre o testamento genético, nem mesmo há também nenhuma regulamentação em contrário ao uso, cabe entender então que a possibilidade de implementação deste instituto no Brasil, segundo esse parecer do CFM seria possível.

O fato não seria de todo uma revolução para o ordenamento jurídico brasileiro: além do entendimento do CFM, as menções feitas no Código Civil de 2002, como no caso da já apresentada prole eventual, demonstram que já há certos “espaços” na legislação que podem ser abordados de forma análoga e também extensiva de forma a acomodar a existência e validação de um testamento genético em território nacional. No caso da prole eventual, e o seu respectivo direito sucessório já há toda uma esquematização que poderia ser transposta para este novo instituto uma vez que se o consentimento de um dos cônjuges, previamente, é suficiente para ensejar a possibilidade de utilização do material genético cabe apontar que de forma semelhante um indivíduo poderia dispor de seu material na forma de herança, dando a este destinação descrita em seu testamento.

No que tange as repercussões legais e no que diz respeito ao caráter sucessório desta prole *post mortem* convém apontar que a utilização do prazo decadencial utilizado como base para o a prole eventual e o apontamento de um curador se fazem perfeitamente adequados no que se refere a utilização do testamento genético. É preciso lembrar que dentro do Direito de Sucessões lida-se com bens e um possível filho do *de cujus* teria participação na partilha.

Desta forma o raciocínio lógico por trás da possível utilização de um testamento genético, atualmente e em face da ausência de legislação especifico, não seria outro senão o mesmo do procedimento aplicado para a prole eventual, que aparenta acomodar de forma satisfatória tanto o desejo do *de cujus* com relação a sua prole posterior, bem como também assegurar os direitos desta criança, deixando-a amparada sob a perspectiva constitucional e civil.

**CONCLUSÃO**

Diante do apresentado, podemos inferir que apesar de uma total ausência de uma legislação específica sobre o novo instituto do testamento genético, sua compreensão não fica de todo comprometida quando analisada de forma análoga com outros institutos do direito civil, como a citada prole eventual. Apesar disto é notório afirmar que uma legislação mais detalhada e específica em território nacional logo se fará necessária e será importante para estabelecer as bases e limitações acerca do testamento genético pois, como todas as áreas do direito, a estipulação das implicações legais é parte fundamental não apenas do processo de compreensão daquilo que integra o ordenamento jurídico mas, também, do bom andamento deste.

**REFERENCIAS**

BRASIL. Código Civil. **Lei Nº 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. **Resolução N° 2013**, de 16 de Abril de 2013.

\_\_\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 1988.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. Editora Saraiva. São Paulo. 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

FLINT, Guila. 'Testamento biológico' permite nascimento de filhos de pais mortos em Israel. **BBC**. 17 de Fevereiro de 2014. Disponível em <www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/02/140217\_testamento\_biologico\_gf\_cc>. Acesso em 8 de Nov. de 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Roldolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. Volume 6. 2ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

LISBOA, Roberto Senesi. **Direito Civil de A a Z**. Editora Manole. Barueri. 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** – Direito das Sucessões. Volume 6. 7ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014.

Utilização de material genético criopreservado depende de autorização escrita do morto. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. 24 de Setembro de 2014. Disponiveç em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2014/setembro/utilizacao-de-material-genetico-criopreservado-depende-de-autorizacao-escrita-do-morto>. Acesso em 08 de Nov. de 2014

WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

1. Paper apresentado à disciplina de Direito de Família e Sucessões da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco –UNDB [↑](#footnote-ref-2)