



FACULDADES FIP MAGSUL

PIETRA DRUM RODRIGUES

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Ponta Porã - MS

2020

PIETRA DRUM RODRIGUES

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Fabricio Braun.

Ponta Porã – MS

2020

PIETRA DRUM RODRIGUES

OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Trabalho de Conclusão apresentado à Banca Examinadora das Faculdades Integradas de Ponta Porã, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Me. Fabricio Braun

Componente da Banca

Componente da Banca

Ponta Porã - MS, data.

*A Deus, e
a minha família,
com amor.*

“Aqueles que são diferentes de mim não me prejudicam, muito pelo contrário, eles me enriquecem. Nossa unidade de fundamenta em algo mais elevado do que nós mesmos - no ser humano... Pois ninguém quer ouvir seu próprio eco nem encontrar a própria imagem em um espelho.”

(Piloto de Guerra - Antoine de Saint-Exupéri)

RESUMO

O avanço da ciência e da medicina trouxe para a sociedade grandes avanços, como a capacidade de gerar um ser humano depois de seus progenitores serem falecidos, criando uma situação inusitada envolvendo o Direito, em específico a Constituição, o Biodireito, e no âmbito Civil, a filiação e a sucessão. Portanto, é visto que as questões, antes não conhecidas, passaram a ser questionadas em jurisprudências e doutrinas, visto que existem lacunas na legislação com a necessidade de serem supridas, para que estes questionamentos sejam concluídos com êxito. O tema, também, é controverso para a sociedade, assim, fazendo com que todos busquem os princípios éticos, sociológicos, filosóficos e religiosos para a tentativa de tecer uma solução. Mas, mesmo desenvolvendo novos e revolucionários conceitos doutrinários e jurisprudenciais, a segurança jurídica não pode e nem deve ser afastada, portanto nesse estudo foi priorizado a proteção dos direitos já conhecidos e pacificados, como o da igualdade entre os filhos e o direito à sucessão, utilizando a hermenêutica em conjunto com as doutrinas de estudiosos sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito. Sucessão. Biodireito. Direito Médico. Embriões Excedentários. Reprodução Assistida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - REPRODUÇÃO ASSISTIDA	10
1.1 A HISTÓRIA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	10
1.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	12
1.2.1 Inseminação Artificial	12
1.2.1.1 Inseminação artificial homóloga	12
1.2.1.2 Inseminação artificial heteróloga	13
1.2.2 Fecundação in Vitro	14
1.2.3 Transferência Intratubária de Gametas	14
1.2.4 Transferência de Zigoto para as Trompas	14
1.2.5 Sub-rogação de Útero	14
1.3 DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	15
1.3.1 A Criopreservação dos Embriões	15
1.3.2 O Destino dos Embriões Excedentários	16
1.3.3 A Natureza Jurídica dos Embriões Excedentários Criopreservados	18
CAPÍTULO 2 - A FILIAÇÃO E A SUCESSÃO	23
2.1 A HISTÓRIA DA FILIAÇÃO	23
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	25
2.2.1 Princípio do Respeito à Dignidade Humana	25
2.2.2 Princípio da igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros	26
2.2.3 Princípio da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos	26
2.2.4 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar	27
2.2.5 Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar	28
2.3 SUCESSÃO	28
2.4 ABERTURA DA SUCESSÃO	29
2.5 PRINCÍPIO DA SAISINE	29
2.6 LEGITIMADOS À SUCESSÃO	30
CAPÍTULO 3 - O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES	33
3.1 ANÁLISE HERMENÊUTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	33
3.1.1 A Presunção de Paternidade	34
3.1.2 O Embrião Post Mortem e o Direito de Herança	36
3.1.3 Os Herdeiros Já Concebidos na Abertura da Sucessão	38
3.1.3.1 O embrião excedente criopreservado à época do falecimento do pai	39
3.1.3.2 O embrião gerado após o falecimento do pai	40
3.2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO CONGELADO POST MORTEM À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	42

3.3 PROJETOS DE LEI SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA	45
3.3.1 Projeto de Lei nº 115/2015	46
3.3.2 Projeto de Lei nº 7.591/2017	47
3.3.3 Projeto de Lei nº 9.403/2017	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o crescente desenvolvimento da tecnologia e medicina nos possibilitou realizar intervenções na vida pré-natal, graças a isso é possível gerar um ser após falecimento de seus progenitores biológicos, o que então era inimaginável para as gerações anteriores.

A falta de legislação neste âmbito é uma fraqueza do ordenamento jurídico brasileiro, onde está, que deveria estar sempre um passo à frente da sociedade, fica passos atrás. A falta de regulamentação é tida como obstáculos para determinar o reino do que é lícito, tanto nas perspectivas ética quanto na jurídica.

No caso específico da morte póstuma de um dos genitores é necessário que haja autorização escrita do falecido para que o outro possa efetivamente se utilizar do material genético. Neste caso a técnica de reprodução assistida será sempre casos de fecundação in vitro se categorizando como embrião excedentário.

Diante da legislação infraconstitucional é pacificado que aqueles concebidos por técnicas de reprodução assistida homologa post mortem não são abrangidos pelo direito sucessório. Este trabalho busca aludir os princípios constitucionais, dentre estes: da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação de filhos e, além disso, protege a quarta geração dos direitos fundamentais.

A problemática é baseada nas consequências jurídicas, no âmbito do direito sucessório, que não possui normas esclarecedoras sobre os direitos pertinentes aos embriões excedentários, e demonstrar formas de sanar essas divergências e omissões legislativas.

O objetivo geral é analisar as consequências jurídicas dos embriões excedentários no direito sucessório. Enquanto, os objetivos específicos, são, identificar as definições de embriões excedentários e reprodução assistida, identificar o tratamento legal e a natureza jurídica do embrião excedentário, identificar as lacunas legais sobre o tema, identificar as diferentes posições doutrinárias e analisar a possibilidade de reconhecimento da vocação hereditária ao embrião excedentário.

A pesquisa é classificada como bibliográfica, utilizando-se do método analítico, o qual examina os componentes de um todo, no caso, doutrinas, legislações e resoluções, para se apreciar o agente e natureza do problema. A

abordagem de pesquisa é a qualitativa, pois esse projeto de pesquisa visa uma profunda compreensão e alcance do tema, não buscando os critérios de indicações numéricas.

Essa pesquisa também usa como norteador a técnica de pesquisa documental, com a devida análise de documentos e visualização de livros e artigos pertinentes ao tema proposto, além da legislação em vigor.

Neste estudo, buscou-se trazer à tona as variadas formas de garantir os direitos sucessórios dos embriões excedentários, através de doutrinadores, foi possível visualizar as controvérsias que envolvem o tema, trazendo um conflito entre a segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos, previsto na Constituição Federal. Portanto, foi analisado os aspectos mais relevantes para os doutrinadores e operadores do direito sobre o direito sucessório dos embriões excedentários, o que ainda é um obstáculo a ser confrontado através dos segmentos, em conjunto.

CAPÍTULO 1 - REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em épocas passadas a reprodução humana somente se dava de forma natural, ou seja, pela conjunção carnal entre homens e mulheres. Com o avanço da medicina, adveio a reprodução assistida. A mesma consiste no conjunto de técnicas utilizadas por médicos especializados, que tem como alvo a viabilização da gestação de mulheres com dificuldades para engravidar.

Conforme França (2001) a Reprodução Assistida é conceituada como um “conjunto de procedimentos que contribui na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando assim o processo de procuração quando outras terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada.”

A denominação desta técnica, hoje chamada de reprodução assistida, já passou por vários outros nomes como: fecundação artificial, fertilização artificial, impregnação artificial, concepção artificial, entre outros, porém em 2010 o Conselho Federal de Medicina, através de sua Resolução nº 1.957/2010, a mesma que adota as normas éticas para a utilização dessa técnica, foi definido e hoje o termo “Reprodução Assistida” é a expressão mais aceita. (FRANÇA, 2001)

A reprodução humana assistida veio para facilitar o desejo do planejamento familiar de muitos, facilitando o sonho de se formar uma família, uma excelente opção para aqueles que não conseguem ou não podem gerar filhos pelos métodos comuns, seja porque existem problemas na saúde reprodutiva, ou porque são entidades familiares monoparentais ou homoafetivas.

1.1 A HISTÓRIA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Os registros históricos sobre a busca para a solução para a falta de filhos são inúmeros, como é possível visualizar, por exemplo, no mito grego de Perseu, ou no Código de Manu¹.

Retirando o ponto de vista jurídico da situação da reprodução assistida, é possível categorizá-la como a influência do ser humano no método de procriação natural. Essa interferência tem como o objetivo facilitar pessoas com problemas de

¹ Ou Leis de Manu, uma legislação do antigo mundo indiano.

infertilidade² ou esterilidade realizem o sonho de alcançar a maternidade ou paternidade. (ALDROVANDI; FRANÇA, 2002)

As situações de infertilidade e esterilidade não é algo descoberto recentemente, desde muito antes das primeiras tentativas científicas documentadas, a narrativa religiosa ou mitológica traz o que vemos hoje como uma reprodução assistida.

De acordo com Aldrovani e França:

“A mitologia é rica em casos de mulheres que engravidam fora do ato sexual, como por exemplo: Ates – filho de Nana, filha do Rei Sangário, que teria colhido uma amêndoa e colocado em seu ventre (Grécia), Kwanyin – deusa que possibilita a fecundidade das mulheres que lhe prestassem culto (China); Vanijiin – deusa da fertilidade, mulheres que se dirigiam sozinhas a seu templo retornavam grávidas (Japão), Maria mãe de Jesus (Bíblia); no Brasil é conhecida a lenda do boto que engravida as mulheres que lhe dirigem o olhar.” (ALDROVANI; FRANÇA, 2002)

Uma linha cronológica dos principais acontecimentos em relação à reprodução assistida foi criada por Nakamura (1984), e assim segue:

1. Em meados do século XVIII, Ludwig Jacobi (alemão) fez tentativas de inseminação em peixes;
2. Em 1755, Lazzaro Spallanzani (biólogo italiano) obteve resultados positivos na fecundação de mamíferos;
3. Em 1799, John Hunter (médico e biólogo inglês) obteve êxito na fecundação por Inseminação Assistida em seres humanos;
4. Em 1884, Pancoast (médico inglês) fez a primeira inseminação heteróloga;
5. Em 1910, Elie Ivanof (Russo) responsável pela descoberta da conservação do sêmen fora do organismo, por resfriamento;
6. Em 1940 teriam surgido os primeiros bancos de sêmen nos EUA;
7. Em 1953, os geneticistas ingleses James B. Watson e Francis H. C. Crick descobriram a estrutura em hélice de DNA, descoberta que deu origem à Genética Molecular e é considerada o marco inicial da Engenharia Genética;
8. Em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, nasceu Louise Brown, o primeiro bebê de proveta;
9. Em 1980, criado o primeiro banco de embriões de seres humanas congelados, na Austrália;
10. Em 7 de outubro de 1984, foi concebida Ana Paula Caldeira, primeira brasileira fruto da Fertilização in vitro.” (NAKAMURA, 1984)

Os avanços tecnológicos trouxeram o contato com as modernas técnicas de reprodução, assim, trazendo o que era mítico, algo irreal, para um fato praticamente normal, porém as dúvidas e situações que começaram a aparecer permeando esse

² “Infertilidade é a incapacidade de concepção após um ano e meio de tentativa sem uso de método anticoncepcional em ritmo sexual adequado.” (ABDELMASSIH, 2007)

tema, foram além dos médicos e biólogos, alcançando alçadas jurídicas, éticas e morais.

1.2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida no Brasil, já são bastante avançadas, o que facilita a busca por esses tratamentos pelas pessoas que tem problemas de fertilidade. Porém, mesmo com o grande avanço científico, a reprodução assistida ainda é um tema que aborda e instiga muitas questões de ordem jurídica, social, religiosa, moral, ética, psicológica, bioética e médica.

Com isso, podemos entrar na área mais técnica e, também, essencial para essa construção do trabalho. As explicações sobre as algumas das variadas técnicas utilizadas para a reprodução assistida.

1.2.1 Inseminação Artificial

Primeiro, a considerada mais simples por Scalquette (2010), a Inseminação Artificial Intrauterina, também conhecida pela sigla IUI. Nesse método, uma quantidade de espermatozoides é introduzida no canal vaginal, com o auxílio de um cateter. Pode ser indicado por fatores masculinos ou femininos, alguns desses fatores são: distúrbios na ovulação, presença de muco espesso e homens com sêmen discretamente alterados.

1.2.1.1 Inseminação artificial homóloga

A reprodução assistida homóloga é quando se utiliza gametas de um mesmo casal para a fecundação, quando os mesmos têm interesse pela procriação. Conforme Silvio Rodrigues (2002) conceitua “homóloga é a inseminação promovida com material genético (sêmen e óvulo) dos próprios cônjuges”.

Segundo Venosa (2019), a inseminação artificial homóloga “é utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.)”.

Há uma limitação no Código Civil quando se trata da presunção de paternidade na reprodução assistida homóloga, onde pode-se aplicar a mesma no casamento e na união estável, sendo que é irrefutável que os companheiros podem utilizar desta técnica reprodutiva. Assim, como dito no art. 1.597 do Código Civil:

“(...)presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

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

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga...”

(BRASIL, 2002)

No ordenamento jurídico brasileiro, além da previsão legal acima, a filiação decorrente do critério consanguíneo confirma a paternidade, uma vez que os filhos nascidos terão o mesmo material genético dos pais.

1.2.1.2 Inseminação artificial heteróloga

A reprodução assistida heteróloga é quando se utiliza gametas de terceiros para a realização da fecundação. Sendo que o doador não pode ter vínculo entre pai e filho, o mesmo tem suas informações protegidas de modo sigiloso pelo banco de dados.

Para Silvio Rodrigues “heteróloga é a fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge”. (2002)

O Código Civil se limita ao tratar da presunção de paternidade quando se trata na reprodução assistida heteróloga, como de costume, sendo aplicada ao casamento e união estável. Segundo o art. 1.597 do Código Civil:

“(...) presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” (BRASIL, 2002)

Esse inciso tratou de presumir que os filhos do casal decorrentes do uso de material genético de pelo menos um terceiro, sendo esse um doador, são tratados como concebidos na constância do casamento, deste com a devida autorização.

“Para a submissão às técnicas reprodutivas, deverá haver o consentimento de todos os envolvidos no projeto parental, devendo o consentimento ser livre, esclarecido, escrito e expresso.” (SCALQUETTE, 2010).

Além da doutrinadora Scalquette, o Conselho Federal de Medicina tratou sobre o assunto no ano de 2017, em sua Resolução nº 2.168, onde é tratado a adoção de normas éticas para a utilização dos métodos de reprodução assistida. Nessa resolução ficou claro e estabelecido que “o consentimento livre e esclarecido

será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA.” (BRASIL, 2017)

1.2.2 Fecundação in Vitro

Outro método, é o FIVETE, conhecido como Fecundação *In Vitro* e Transferência de Embrião. É comumente indicado para mulheres com problemas nas trompas, endometriose, ovários policísticos, entre outros. Esse método consiste na fertilização do óvulo pelo espermatozoide em laboratório, para depois serem transferidos para a cavidade uterina. (Scalquette, 2002)

1.2.3 Transferência Intratubária de Gametas

Também existe a possibilidade do método de Transferência Intratubária de Gametas, ou GIFT. Para esse procedimento, a mulher tem que ter ao mínimo uma trompa saudável, pois durante o método os espermatozoides são aproximados e transferidos para a tuba, podendo a fecundação ocorrer naturalmente. (SANTOS; IZZO; SILVA, 2005)

1.2.4 Transferência de Zigoto para as Trompas

Outra técnica, é a ZIFT, a Transferência Intratubária de Zigoto, de acordo com Scalquette “a transferência para as tubas uterinas ocorre quando a célula fusionada possui dois núcleos; o zigoto é transferido para a trompa em vez de ser colocado no útero”.

As últimas técnicas citadas, normalmente são confundidas entre si, Maria Helena Diniz explica ZIFT sendo a retirada do óvulo para fecundá-lo em proveta para que depois introduzir o embrião em seu corpo, enquanto o GIFT é a introdução do sêmen diretamente no corpo da mulher, que também é chamado de fecundação *in vivo*. (2014)

1.2.5 Sub-rogação de Útero

A sub-rogação do útero pode também ser chamada de doação temporária do útero ou gestação de substituição, o termo popularmente conhecido “barriga de aluguel” não é admitido no ordenamento jurídico brasileiro, pois o termo “aluguel” viabiliza uma contraprestação e o Conselho Federal de Medicina não permite práticas financeiras em torno dessa situação. (BRASIL, 2017)

Essa prática é utilizada por casais homoafetivos do sexo masculino, solteiros(as) e também nos casos onde a mulher não consegue engravidar por problemas permanentes no útero como má formação, miomas, anomalias ou mesmo ausência do útero ou retirada do mesmo devido algum tratamento médico. (SCALQUETTE, 2010)

Como já dito, não há como se “alugar uma barriga”, portanto o CFM permite a doação por parte de parentes de vínculo consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima), e casos extraordinários deve ser solicitado a permissão do CFM. (BRASIL, 2017)

1.3 DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Os embriões excedentários são aqueles embriões que não foram implantados, isso ocorre pois na maioria das reproduções assistidas ocorre uma sobra de embriões. Essa situação é mais facilmente vista na técnica de fertilização *in vitro*, pois ocorre a hiperestimulação do ovário para que o corpo produza mais de um óvulo.

Esses embriões se tornam excedentes por diversas razões, podendo ser elas: não apresentar o desenvolvimento adequado, porque ultrapassam a quantidade recomendada para a implantação, ou porque os pais não demonstram interesse em levar adiante o projeto de paternidade. (CASTELLO BRANCO, 2009)

O doutrinador Silvio Rodrigues conceitua-os “embriões excedentários são aqueles resultantes da inseminação promovida artificialmente, mas não introduzidos no útero materno” (2002). Estes embriões não implantados vão para um processo de criopreservação.

1.3.1 A Criopreservação dos Embriões

Conforme Abdelmassih (2007) “a criopreservação de embriões (...) requer o uso de técnicas seguras e padronizadas, possibilitando a manutenção do seu potencial reprodutivo”.

O congelamento dos embriões supranumerários se tornou possível em 1983, quem desenvolveu essa técnica foram os australianos Trounson e Mohr. Nesse processo ocorre o congelamento lento dos embriões excedentes, seguido de um

outro processo lento de descongelamento, assim, não afetando a sobrevivência dos embriões e permitindo o seu desenvolvimento no futuro. (ELER, 2015)

Essa técnica tem sido usada constantemente desde então, o maior motivo é para que o processo se torne menos traumático e menos custoso para as mulheres, para que se ocorra um fracasso na primeira inseminação artificial, não se tenha a necessidade de se fazer uma nova hiperestimulação hormonal para se obter mais óvulos. (ELER, 2015)

Outro motivo citado pela Mestre Kalline C. Gonçalves Eler, foi:

“Motivos econômicos também justificam a geração de embriões supranumerários, pois geram a maior probabilidade de êxito do tratamento, reduzindo os custos financeiros uma vez que não será necessário realizar todo o procedimento bem como o tratamento hormonal, uma das etapas mais custosas da fertilização *in vitro*”

De acordo com a Resolução CFM nº 2.168, estes embriões tem, basicamente, 5 (cinco) alternativas: preservação por tempo indeterminado do embrião, preservação do embrião pelo período de 3 (três) anos (podendo ocorrer o descarte ou por vontade dos pacientes ou por abandono), preservação para fornecimento do material genético, doação para pesquisas científicas e doação para a implantação em uma terceira pessoa.

Uma questão concernente aos embriões criopreservados é a hipótese de dissolução da sociedade conjugal a qual pertence os embriões. Sobre esse questionamento a Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado n. 107 que dita:

“Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.597, deste Código, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”. (BRASIL, 2002)

Essa situação é uma entre tantas outras indagações no meio jurídico sobre as técnicas de reprodução humana assistida, ainda não solucionadas pela ciência jurídica, mas que podem imediatamente ser sentidas pela sociedade.

1.3.2 O Destino dos Embriões Excedentários

O destino dos embriões excedentários é uma das maiores discussões ético-médico-jurídica das últimas décadas, movimentando também a teologia, os religiosos e grande parte da sociedade.

Conforme a Resolução 2.168/2017 do CFM, no momento da criopreservação, os pacientes (isso inclui os cônjuges ou companheiros), deverão por escrito, manifestar sua vontade sobre o destino a ser dado aos embriões em caso de divórcio, dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Um dos destinos é a utilização dos mesmos para pesquisa e terapia, o assunto foi abordado pelo ex-procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, moveu uma ação direta de inconstitucionalidade pedindo para que o art. 5º da Lei de Biossegurança fosse julgado inconstitucional. Esse artigo traz:

“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.”

O maior questionamento referente ao artigo citado é a possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos através da fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento. Deste modo, para a realização de tais pesquisas e terapias é necessário o comprometimento dos embriões, impossibilitando a implantação dos mesmos, trazendo um dano a possibilidade de surgimento de novos seres. (SCALQUETTE, 2016)

A questão da ação direta de inconstitucionalidade foi decidida em maio de 2008, onde os ministros do Supremo Tribunal Federal, por 6 (seis) votos a 5 (cinco) julgaram a ação improcedente. Portanto, ficou decidido que aqueles embriões que já estavam congelados na data de publicação da Lei de Biossegurança (28 de março de 2005), podem ser destinados à pesquisa e terapia, desde respeitados os requisitos legais vistos no artigo citado acima. (SCALQUETTE, 2016)

A entrega para a adoção, como já visto, é uma decisão que caberá aos pais, os doutrinadores estão categorizando essa espécie como uma “adoção pré-natal”, e pelo visto, a relação de maternidade e paternidade no âmbito jurídico não necessitaria de normas especiais. O tema da adoção pré-natal não deixa de ser polêmico, pois existem tantas crianças precisando de uma família, que é possível entrar em uma discussão sócio-política.

Conforme Ana Cláudia S. Scalquette (2016), deve-se haver o esforço máximo para que os embriões sejam concebidos em um número mínimo, bastando que sejam o suficiente para atender as necessidades da técnica implementada. Portanto, é dito que a decisão sobre o futuro desses embriões deve ser pautada pelo respeito aos direitos e princípios constitucionalmente garantidos à família.

1.3.3 A Natureza Jurídica dos Embriões Excedentários Criopreservados

Conforme já exposto, os embriões não implantados e aqueles que não foram descartados, por não se mostrarem viáveis, poderão ser criopreservados. Portanto, é indiscutível que o referido procedimento mantém o embrião viável.

A Lei de Biossegurança, em seu art. 5º, trouxe o prazo de três anos para a diferenciar a viabilidade ou não do embrião, assim, se forem os embriões forem inviáveis há a possibilidade da utilização deles para as pesquisas com células-tronco. Embora seja cientificamente discutível a taxaço de um prazo para determinar a viabilidade de um embrião, a questão em pauta é referente aos direitos do embrião antes desse período e se estes são dotados de personalidade civil. (MARREY, 2010)

No Código Civil brasileiro, em específico no seu art. 2º, é previsto que o para que o início da personalidade é necessário o nascimento com vida, devendo ser resguardado os direitos do nascituro desde a sua concepção. Conforme dita Marrey “no caso dos embriões congelados, o problema, entretanto, é maior. Se, de um lado, eles já estão concebidos, de outro, não poderão, a não ser que implantados, nascer com vida.” (2010).

Nesse mesmo sentido, Jussara Meirelles (2000), se posiciona:

“Os problemas referentes ao destino de embriões humanos concebidos e mantidos em laboratório afligem as pessoas humanas, fundamentalmente porque não há como afastar sua origem embrionária. Sob prisma diverso, a probabilidade de o embrião ‘de proveta’ vir a se tornar uma pessoa tal qual as já existentes é

também fator determinante de preocupação em vê-lo amparado pela ordem jurídica estabelecida.”

Portanto, é possível visualizar as diferentes posições doutrinárias relacionadas ao tema, pois há doutrinadores que defendem a igualdade de direitos e até mesmo a alteração do art. 2º do atual Código Civil, para acrescentar também uma proteção para os embriões criopreservados.

Já a doutrinadora Ivelise F. da Cruz (2008), aborda o tema da seguinte forma:

“No atual Código Civil, artigo 2º, foi instituído que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei salva, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim, o embrião ou nascituro tem resguardados os seus direitos desde a concepção, pois, como já dito, é reconhecida a autonomia que ele possui de sua mãe, conforme a teoria concepcional.

(...)

Por isso, o embrião ou nascituro tem personalidade jurídica formal relativa aos direitos da personalidade (...), adquirindo a personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, sendo aí titular de direitos patrimoniais.

Conforme o descrito, o respeito ao embrião coíbe as práticas abortivas, e proíbe a redução do embrião ou feto a objeto, sendo que ambos fazem parte do ciclo de formação do ser humano.

Mais uma vez, vemos a necessidade de uma legislação infraconstitucional sobre o assunto (...).

(...) a Constituição é mais abrangente, pois o mesmo princípio apresenta a questão da igualdade sem distinção de origem, cor e raça. Sem perder o raciocínio, a construção do nosso pensamento caminha no sentido de que, se não pode haver a desigualdade de origem, e se puder abarcar também os embriões, sejam eles oriundos naturalmente da relação sexual, ou das técnicas de reprodução humana assistida, o tratamento e a tutela devem ser os mesmos.

(...)

Não é saudável continuar insistindo na artificialidade da procriação humana, ou usar de tal palavra, porque aí, sim, o embrião não será considerado como pessoa, e se assim o for, o embrião será considerado produto, podendo ser descartado, manipulado, destruído estudado e até comercializado (...).

A nossa conclusão é a de que o embrião goza de direitos que, muitas vezes, se confundem com os direitos de personalidade, dada sua condição. Por isso deverá ser protegido, até confirmando o artigo 225 da Constituição Federal, que visa a proteção ao meio ambiente para as gerações futuras, garantindo-se o potencial evolutivo”

Por outro lado, Maria Helena Machado (2008), diz que:

“Sendo o nascituro pessoa por nascer, já concebida no ventre materno, diante das técnicas de fertilização assistida, como poderia ser tratado juridicamente o embrião, antes de ser implantado no útero, ou enquanto criopreservados, ou até mesmo podendo jamais ser implantado, quando rejeitado pelo casal solicitante (os chamados

excedentários), permanecendo, dessa forma, no aguardo de sua destinação?

As leis brasileiras protegem apenas ao nascituro como ser em vida intrauterina. Não configuram a hipótese de um embrião existir fora do corpo da mãe.

Os embriões humanos existentes fora do corpo não podem ser tratados como coisas, pela potencialidade de vida que contém. São pessoas, não devendo se constituir em mero objeto tampouco servir para satisfação de finalidades alheias.

Com o domínio da ciência na reprodução humana, através das técnicas de fertilização *in vitro* e da criopreservação dos embriões, reacenderam-se os debates sobre o momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, levando-se em conta que a vida sempre foi considerada como iniciada, com a fecundação pela fusão interna dos gametas, ou seja, no ventre materno.

A técnica de fertilização humana em laboratório, muito embora constitua-se na fecundação do óvulo pelo espermatozóide, extracorporeamente, dando início a vida, sabe-se que é a nidação do ovo que possibilitará ao embrião o seu desenvolvimento e, conseqüentemente, garantirá o seu nascimento.

Diante dessa constatação, para grande número de juristas, o embrião humano criopreservados ou congelado não pode ser considerado como nascituro, mesmo levando-se em conta sua carga genética própria.

Assim, o embrião somente poderá ser considerado 'pessoa' a partir do momento em que for implantado no útero materno. O embrião humano criopreservados, até ser transplantado para o útero materno, não pode ser considerado como nascituro, visto ser o nascituro aquele que está para nascer. Nessas condições, não é o embrião humano protegido nem tutelado juridicamente."

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2014), justifica a proteção do embrião desde a fecundação, pelo motivo de o mesmo ter personalidade jurídica formal, como ela dita:

"Ante as novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, houve quem levantasse o problema relativo ao momento que se deve considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida teria início, naturalmente, com a concepção no ventre materno. Assim sendo, na fecundação em proveta, embora seja a fecundação do óvulo pelo espermatozóide que inicia a vida, seria a nidação do zigoto ou ovo que a garantiria; logo, para alguns autores, o nascituro só seria 'pessoa' quando o ovo fecundado fosse implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida. Para essa corrente o embrião humano não poderia ser tido como nascituro, apesar de dever de proteção jurídica como pessoa virtual, com carga genética própria. Todavia, assim não pensamos (...).

(...)

Se com a fecundação se inicia um processo auto governado pelo próprio embrião, está mais do que certo que essa formação vital possui a qualidade de ser humano. Assim sendo, é indubitável que o

zigoto, material celular humano vivo, desde seus primeiros instantes, já é um ser humano merecedor de proteção jurídica pelo que é e pelo que irá ser.

Embora a vida se inicie com a fecundação e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos, convém repetir, que, na verdade, o começo da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, por isso, repudiamos não só qualquer tipo de experimentação não terapêutica com embriões, mas também as técnicas de fecundação *in vitro* que impliquem a perda de óvulos fecundados, por haver um sacrifício de vidas humanas, colocadas sob a proteção de norma constitucional.

O bem jurídico constitucionalmente tutelado é o direito à vida dos seres em formação e a sobrevivência da espécie humana, logo, mesmo quando os doadores de gametas ou algum centro de reprodução assistida em cujo poder se encontrem substâncias embrionárias humanas possam ser considerados como sujeitos passivos de eventuais condutas ilícitas, como destruição de embriões, não poderão ser reputados titulares do bem jurídico, que são os próprios embriões e a comunidade, pois trata-se de entidades vivas da espécie humana, cuja integridade deverá ser tutelada juridicamente, diante de sua vitalidade e da inalterabilidade de ser patrimônio genético.

(...) Poder-se-ia até mesmo tornar a afirmar que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material e alcançando os direitos patrimoniais que permaneciam em estado potencial somente com o nascimento com vida. Se isso não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá. Assim, entendemos que o ser humano em qualquer de suas fases embrionárias, dentro ou fora do corpo da mulher, merece proteção jurídica (...).”

Já Roberto Wider (2007), vem com uma abordagem diferente dos demais, propondo que seja feita uma nova classificação jurídica para os embriões, em suas palavras:

“Toda e qualquer pessoa que, ao nascer e assumir personalidade, contrair direitos e obrigações, já foi um embrião. Não é descabido inferir, também, que, em curto espaço de tempo, incontável número de pessoas terá seu início da vida humana como embrião *in vitro*.

Na esteira desse raciocínio, atentar contra o embrião a pretexto do mesmo não ser pessoa, e de não ter personalidade e não ser, ao menos, nascituro, enquanto não nidado no ventre de uma mulher, atingirá a potencialidade da vida, a dignidade indeclinável do ser humano em escala considerável.

De todo o exposto, fica evidente que o embrião mantido em laboratório, como resultado da revolução biotecnológica, é categoria nova, e como tal deve ser pensada, conceituada e tratada, não havendo porque aproximá-la das categorias já codificadas pelo direito, à luz da realidade dos tempos anteriores. Tal postura seria casuística e, até mesmo, oportunista.

Sempre que se estabelece uma nova categoria, seja no discurso dos saberes, sejam eles biomédicos ou jurídicos, isto é feito visando definir um novo elemento face ao contexto em que se insere. Usar, pois, as antigas categorizações de pessoa natural e nascituro, como definidas para o contexto em que então se inseriram, com a finalidade de vedar direito fundamental ao embrião *in vitro*, é, no mínimo, cometer um erro essencial.

A proteção jurídica deverá alcançar a fecundação extra uterina, trazendo o embrião, mantido em laboratório, para o universo codificado, posto haver uma gênese comum entre os indivíduos humanos, compartilhando todos a mesma essência, não sendo possível distingui-los pelas fases de desenvolvimento, excluindo alguns do direito fundamental à vida e à dignidade.”

Como foi possível visualizar, a questão referente ao tempo de início da personalidade é polêmica, não pacífica e distante de uma solução, mas nesse mesmo meio vemos que a Lei de Biossegurança não deixa de proteger os embriões, portanto, ainda que se fale na ausência de personalidade dos mesmos, e não poder equipará-los a coisas, já que mesmo quando não são mais viáveis, ainda existe a proteção legal para os amparar.

CAPÍTULO 2 - A FILIAÇÃO E A SUCESSÃO

Ambos os temas estão presentes no Código Civil brasileiro de 2002, sendo a Filiação presente no Livro IV, o Direito de Família, e o Direito das Sucessões o Livro V.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2019) “Filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais.” Silvio Rodrigues (2002) conceitua a filiação como “a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.”.

Já a sucessão, segundo Carlos Maximiliano (1942, apud GONÇALVES, 2019):

“Direito das sucessões, em sentido objetivo, é o conjunto das 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.”

A importância desses ramos do direito é inquestionável, pois o homem desaparece e seus bens continuam, assim, as relações humanas migram para a vida dos sobreviventes, através da sucessão, e, é claro, a filiação é imprescindível para a maioria das relações sucessórias.

2.1 A HISTÓRIA DA FILIAÇÃO

É inegável que a família dos séculos passados, no Brasil, era patriarcal, hierarquizada, patrimonial e matrimonializada. É como é comum, a sociedade reflete seriamente no ordenamento jurídico, assim temos as legislações anteriores ao Código Civil de 2002, onde existia uma catalogação dos filhos, considerada cruel, e com respaldo na ‘preservação do patrimônio da família’.

Essa catalogação, que foi estabelecida no Código Civil de 1916, separava os filhos legítimos, ilegítimos e legitimados. Os ilegítimos eram divididos em naturais ou espúrios, e os espúrios em incestuosos e adulterinos. Sendo o primeiro, nascido de um casal unido pelo matrimônio, conforme descrito no art. 337 do Código citado:

“São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se contraiu de boa-fé.” (BRASIL, 1916)

Conforme dita Maria Berenice Dias (2020) “essa classificação tinha como único critério a circunstância de o filho ter sido gerado dentro ou fora do casamento,

se os genitores eram ou não casados entre si”. Portanto, é límpido que o aspecto conjugal dos progenitores refletia na identificação dos filhos, lhes dando ou não o direito à identidade, algumas vezes até à sobrevivência. O Código Civil de 1916 retrata claramente em seu art. 358:

“Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.”
(BRASIL, 1916)

A negação da existência dos filhos ditos ilegítimos é clara no Código Civil de 1916, pois o título sobre as relações de parentesco deste código, tem um capítulo somente para falar do reconhecimento dos filhos ilegítimos. E, ainda mais importante, essa negação da prole, beneficiava o genitor e prejudicava a outra parte da relação, colocando-o, na visão do início do século XX, em uma espécie de marginalização.

No advento do Decreto-Lei 4.737/1942 e da Lei 883/1949, ocorreu a autorização do reconhecimento do filho ilegítimo, porém somente após a dissolução do casamento, e os mesmos teriam que ser registrados como tal, tendo direito a somente metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. (DIAS, 2020)

Em 1977, através de uma Emenda Constitucional, foi possível criar a lei 6.515/1977, conhecida como a Lei do Divórcio, a lei foi considerada de grande polêmica por conta da influência religiosa sobre o país, mas foi ela quem garantiu a todos os filhos o direito de herança em igualdade de condições, também sendo possível o reconhecimento de filho havido fora do casamento através de um testamento cerrado. (DIAS, 2020)

Com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, foi finalmente estabelecido em matéria supralegal a proibição do tratamento discriminatório quanto à filiação. Atualmente, o Código Civil de 2002 mantém as presunções de paternidade, como nas hipóteses de inseminação artificial. Mas como diz Maria Berenice Dias “de qualquer modo, nada justifica, na era do DNA, presumir vínculo de filiação”.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

É inegável a importância dos princípios, pois eles são a origem, o aspecto basilar do ordenamento jurídico, pois as normas são consequência de uma regulamentação concreta dos mesmos.

Em especial sobre os princípios de proteção à família a Constituição Federal de 1988, é considerada um marco, pois nele novas entidades familiares foram reconhecidas, foi vedado às designações discriminatórias entre os filhos, e homens e mulheres passaram a ter o mesmo poder nas relações familiares, apresentando de forma ordenada os princípios regentes das relações familiares, assim, servindo como norteadores e regulamentadores do direito familiar. (SCALQUETTE, 2010)

Nesse mesmo sentido o Código Civil de 2002 se adaptou a evolução da sociedade e de seus costumes, trazendo para si, também, as mudanças das legislações Assim, Carlos Roberto Gonçalves (2019) diz que:

“As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade.”

2.2.1 Princípio do Respeito à Dignidade Humana

A dignidade humana é considerada difícil de definir, e isso causou, com o passar do tempo, o emprego dela de forma errônea nas situações jurídicas causou o receio do seu uso.

A Constituição Cidadã prevê tal princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, III:

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

A pessoa merecedora de respeito, é a pessoa digna, e esta faz jus ao conjunto de direitos e deveres que garantirá as condições mínimas de vida e comunhão com a sociedade, protegendo-a de vários abusos, não importando a fonte deles. (SCALQUETTE, 2010)

Para Ana Cláudia S. Scalquette (2010) :

“O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é princípio vetor do Direito de Família, pois garantir o respeito aos direitos dos membros da família, assegurando-lhes um sistema protetivo que coíba abusos e propicie o desenvolvimento de uma vida saudável, é, sem dúvida, aquilo que deve nortear qualquer interpretação e normatização, envolvendo as relações familiares.”

Sobre a reprodução artificial, os conflitos jurídicos irão exigir a conscientização para que seja possível a busca de soluções pertinentes, visando, sempre, estabelecer um tratamento igualitário dos filhos e respeito aos envolvidos, independente de serem membros da família ou não.

2.2.2 Princípio da Igualdade Jurídica dos Cônjuges e dos Companheiros

Esse princípio foi exposto aos brasileiros na Constituição de 1988:

“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.”

Esse instituto acabou com o conhecido poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, que antes era restrita às tarefas domésticas e à procriação, não dando mais espaço ao patriarcalismo na legislação brasileira.

O Código Civil de 1916, já fora de vigência, em seu art. 223, proclamava que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, direito de fixar o domicílio da família e de prover a manutenção desta. Agora, todos esses direitos são exercidos pelo casal, em sistema de cogestão. (GONÇALVES, 2019)

O princípio ainda pode ser reafirmado no art. 5º, da CRFB/88, onde é dito que “todos são iguais perante a lei”, ainda sendo repetitivo, para não haver dúvidas, pois no inciso I do mesmo diploma é dito que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

2.2.3 Princípio da Igualdade Jurídica de Todos os Filhos

A igualdade jurídica também é um princípio que foi garantido pela Constituição Federal de 1988, que dispõe em seu art. 227:

“§ 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.”

Portanto, fica claro que o dispositivo em apreço estabelece a absoluta igualdade entre os filhos, o que já visto que não ocorria nas distinções legais de filiação em momento prévio à Constituição Cidadã.

Como dita Carlos Roberto Gonçalves (2019):

“O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo,

de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.”

Os esforços empreendidos para essa situação de equiparidade atual foram grandes, mas não se acaba na situação narrada. Grandes esforços ainda são necessários para que a isonomia seja efetiva, e para que os novos questionamentos sejam respeitados.

Um dos novos questionamentos é a situação da Reprodução Artificial, trazendo um novo impasse jurídico, com alguns buscando uma nova categorização dos filhos, protegendo uns em detrimento aos outros. Porém, para a doutrinadora Ana Cláudia Scalquette (2010) “a igualdade jurídica atende ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”. Assim, não abrindo brechas para a nova categorização e segregação da filiação.

2.2.4 Princípio da Paternidade Responsável e Planejamento Familiar

O princípio da paternidade responsável quando começou a ser visualizada no ordenamento jurídico envolvia apenas dois aspectos, o dever alimentício e a submissão compulsória ao exame de DNA. Sendo claro que, sendo reconhecida a paternidade, o dever alimentício é um aspecto decorrente.

Portanto, segundo Scalquette (2010) esse princípio deve ser interpretado de forma mais ampla. A proteção constitucional está além, contidos em algo maior, como o dever de cuidado, somado ao respeito à integridade física e psíquica dos filhos.

Nesse mesmo limiar é necessário visualizar que “embora reconheçamos que o bom trato e o afeto não decorrem de imposição legal, prever a paternidade responsável como um princípio é medida de grande importância”. (SCALQUETTE, 2010)

Sobre o princípio do planejamento familiar o art. 226, da CRFB/88, dispõe:

“§ 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.”

O tema de controle de natalidade é proposto aqui, pois o Brasil sempre esteve em uma situação social difícil, lidando a cada dia, com os menores abandonados e

as famílias desestruturadas. Com certeza o desafio é grande, mas não é o local do Estado, ou outras instituições, de usar da coerção para resolver tal problema.

Portanto, é de livre decisão do casal o planejamento familiar, sendo assim, essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros.

2.2.5 Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar

Esse princípio defende que a liberdade de comunhão de vida familiar não tem apenas um caminho, ela pode ser pelo casamento, pela união estável, assim, sem nenhuma imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado. Deste modo o artigo 1.513 do Código Civil traz:

“É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL, 2002)

Já o artigo 1.565, §2º reforça o já citado e complementa:

“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)

O reconhecimento da união estável como entidade familiar foi instituído na Constituição Federal de 1988, no art. 226, §3º, além da mesma, ainda ter alargado o conceito de família já conhecido, abrangendo as relações monoparentais. Assim, o Código Civil que adveio, também possibilitou aos casais a estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento. (GONÇALVES, 2019).

2.3 SUCESSÃO

A sucessão pode se dividir em duas, a sucessão inter vivos e a sucessão causa mortis, sendo a segunda a relevante a este tema.

Por sucessão inter vivos entende-se uma situação onde uma pessoa assume o lugar de outra, assim, tomando o lugar de outra, tomando a titularidade de algum bem. Um exemplo comum seria um caso de Compra e Venda, onde o comprador sucede ao vendedor, tomando para si os direitos que eram deste. (GONÇALVES, 2019)

Já na sucessão causa mortis, também categorizada como em sentido estrito, se fala sobre a decorrente da morte de alguém, portanto, como diz o exímio doutrinador Carlos Roberto Gonçalves “o referido ramo do direito disciplina a

transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do de cujus ou autor da herança a seus sucessores.”.

A sucessão se tem assegurada no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, através da Constituição Federal de 1988, onde a mesma dita a herança como um direito fundamental, devidamente amparado no art. 5º, XXX . Enquanto no âmbito infraconstitucional o disciplinador é o Código Civil brasileiro de 2002, onde divide-se o tema em 4 títulos: sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária e do inventário e da partilha.

2.4 ABERTURA DA SUCESSÃO

Conforme dita o art. 1.784, do Código Civil brasileiro de 2002 “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”, assim, ocorrendo a abertura da sucessão no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a herança que é citada no artigo, é conceituada por Carlos Roberto Gonçalves (2019), como “um somatório, em que se incluem os bens, as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis”.

Como é visto no início deste mesmo código, em seu art. 6º “A existência da pessoa natural termina com a morte” , portanto, no mesmo instante da morte, é aberta a sucessão, transmitindo automaticamente, a herança.

2.5 PRINCÍPIO DA SAISINE

O princípio da saisine é uma ficção jurídica que versa sobre a transmissão da posse, onde simplificada, Carlos Roberto Gonçalves diz que, “o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança.” (2019)

O Superior Tribunal de Justiça, dita que:

“o Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmitem-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto.” (BRASIL, 2011)

Deste modo, a herança se presume aberta no instante presumido da morte do de cujus, nascendo a presunção do direito hereditário. A transmissão se torna o efeito, a consequência da morte, assim nas relações jurídicas do falecido ocorre a substituição pelos seus sucessores.

Portanto o ato da morte, que abre a sucessão, transfere a propriedade e a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros legitimados, sucessíveis ou testamentários, que estejam vivos naquele momento.

2.6 LEGITIMADOS À SUCESSÃO

O Código Civil brasileiro de 2002, traz em seu Título I, o capítulo que embasa esse tema, o denominado “Da Vocação Hereditária”, onde é tratado sobre a legitimação para se invocar a titularidade da herança.

No direito sucessório vigora-se o princípio de que todas as pessoas têm a legitimação para suceder, exceto as afastadas pela legislação. Portanto, podemos dizer que a legitimidade passiva é regra, enquanto a ilegitimidade é a exceção. (GONÇALVES, 2019)

A vocação hereditária é usada “no sentido de se saber se o que se apresenta como sucessor é aquele que é chamado por força de lei ou por vontade do de cujus” (PEREIRA, 2017). Porém, não basta o herdeiro ter vocação hereditária, é necessário, ainda, que ele tenha capacidade sucessória, sendo está “a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido” (PEREIRA, 2017) na data da morte, não se confundindo com a capacidade civil.

O art. 1.798 do Código Civil dita “Legitimam-se para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, portanto fica claro que além do direito da pessoa viva, não expressamente excluídas, o direito sucessório do nascituro também fica protegido.

O próximo artigo deste mesmo código também é de grande importância para o tema, como pode ser visto:

“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.” (BRASIL, 2002)

Como já foi visualizado o art. 1.798 do Código Civil, anteriormente citado, demonstra a sucessão de modo geral, abrangendo todas as suas modalidades, enquanto o art. 1.799, fala em específico dos legitimados a suceder na modalidade testamentária, que são os especificados nos incisos do mesmo artigo, em conjunto com os do art. 1.798. O primeiro inciso se torna o mais interessante para o tema, pois trata de filhos ainda não concebidos.

Nesse caso do inciso I, de herdeiros não concebidos, os bens da herança serão confiados a um curador, após a partilha, este devendo ser nomeado pelo juiz (VENOSA, 2019). É importante salientar que o Enunciado n. 268 do Conselho de Justiça Federal preceitua que a interpretação do inciso I, do art. 1.799, não deve ser interpretada extensivamente.

Atualmente, a única modalidade exemplificada de filhos ainda não concebidos, também chamada de prole eventual, no ordenamento jurídico brasileiro, é essa opção testamentária, pois como diz Venosa (2019) “O ordenamento não prevê qualquer modalidade de sucessão para os nascidos ou concebidos após a morte do autor da herança se não houver previsão no ato de última vontade”.

Já o art. 1.800, do mesmo código explica como ocorrerá essa situação:

“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 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 deixa, 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.”

Como dita Carlos Roberto Gonçalves (2019), "aberta a sucessão que beneficia a prole eventual, a herança é posta sob administração, permanecendo nessa situação até que a condição se cumpra ou haja a certeza de que não pode cumprir-se". Através da lógica podemos dizer que a certeza de que a situação não

vai ocorrer, é vista quando se dá a morte do progenitor, que foi indicado pelo testador, ou ainda na hipótese do §4º, do artigo supracitado, que estabelece o prazo máximo de dois anos após a abertura da sucessão para que seja concebido o possível herdeiro.

CAPÍTULO 3 - O DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTES

A circunstância interessante referente ao tema são os filhos posteriores concebidos por uso da Reprodução Assistida post mortem, com o reconhecimento prévio, de acordo com a expressa norma presente no art. 1.597, incisos III a V do Código Civil, e também, com os filhos concebidos no casamento, e por ato voluntário dos genitores, podendo ser por escritura pública ou particular, devendo ser arquivado em cartório ou testamento, conforme o art. 1.609, inciso II e III do mesmo código.

“O reconhecimento prévio os iguala aos filhos tidos em vida e reconhecidos expressamente, independente da relação em que foram gerados. Esses filhos, reconhecidos, já possuem o direito fundamental à participação automática na sucessão legítima de seus genitores falecidos. Os demais, que pendem de reconhecimento de filiação, embora sejam igualmente titulares do direito fundamental à herança, necessitam, previamente, desse reconhecimento, para pleitear sua participação na sucessão legítima de seus genitores.”
(SANTOS, 2017)

Conforme a legislação que trata do direito das famílias, o Código Civil, em específico art. 1.597, III a V, os filhos posteriores, concebidos com o uso de técnicas de Reprodução Assistida post mortem. Os filhos serão reconhecidos, se concebidos na continuidade do casamento, como se tivessem nascido em vida de seu genitor, se: forem concebidos por fecundação artificial homóloga, ou concebidos, a qualquer tempo, por concepção artificial homóloga, e, podendo ainda, ser por inseminação artificial heteróloga, desde com prévia autorização do marido. (SANTOS, 2017)

A previsão da vocação hereditária para a sucessão legítima do genitor e a fidelidade ao princípio constitucional da igualdade de filiação não foram integralmente preservadas, no que se refere ao reconhecimento do direito desses filhos póstumos à sucessão. Portanto, nos casos de reprodução assistida post mortem, o direito à sucessão não reconhece o direito desse filho para suceder de forma legítima, em igualdade de condições dos concebidos em vida.

3.1 ANÁLISE HERMENÊUTICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Neste capítulo, para uma melhor visualização e um melhor entendimento do tema, é necessário realizar uma análise hermenêutica de alguns dispositivos, como:

A) Art. 1.597, que cuida da presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento

B) Art. 1.798, que cuida dos sujeitos da relação da herança;

C) Art. 1.799, inciso I, que trata dos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas na abertura da sucessão;

D) Art. 1.829, inciso I, que estabelece a vocação hereditária da sucessão.

3.1.1 A Presunção de Paternidade

O art. 1.597 foi trazido pelo Código Civil de 2002 para acompanhar a evolução das técnicas de reprodução assistida, incluindo nele as diversas hipóteses de presunção de paternidade em seus incisos, que são:

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)

É necessário salientar que para o tema a significância paira sobre os incisos III, IV e V, pois estes tratam sobre as hipóteses referentes a inseminação ou fecundação artificial.

A reprodução assistida homóloga é regulada, desde o início pelos prazos e situações previstas nos incisos III e IV, do artigo em questão. Já na reprodução assistida heteróloga, inexistindo prévia autorização do marido, é facultado a ele negar o reconhecimento, pois não há a presunção de paternidade.

“Tal presunção de paternidade tem fundamento inovador e sensível ao reconhecimento de que para a lei, os embriões são filhos desde o surgimento da primeira célula embrionária, declarando a natureza sui generis de quase-pessoa, digna de proteção e consideração do seu direito à vida. O fato é inegável, pois se existe a paternidade humana de um lado, existe a filiação de outro: o marido falecido é pai, a qualquer tempo, do embrião.” (DUFNER, 2015)

É inegável que da paternidade surge o parentesco nos moldes do art. 1.591, que dita “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.” (BRASIL, 2002). Em decorrência do

direito de filiação, outros inúmeros direitos e deveres surgem, como: direito de reconhecimento de filiação, direito de preservação da identidade, direito a ter um pai e uma mãe.

A partir dessa lacuna doutrinária é possível abranger a discussão para o art. 4º da LINDB, que dita que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1942). Portanto, é possível fazer a analogia entre os direitos do nascituro, do feto, da mãe gestante e do embrião.

As diferenças entre o embrião e o nascituro, são limiares, pois existem muitos pontos de semelhança. Ambos são seres humanos nos primeiros estágios de desenvolvimento, portanto é entendido que os direitos que resguardam o nascituro, devem abranger o embrião criopreservado que se encontra fora do útero materno. (DUFNER, 2015)

Através da analogia, Samantha K. C. Dufner (2015) traçou um paralelo entre os direitos admitidos ao nascituro e os direitos não previstos para o embrião, mas que a esse seria possível, se seguisse o previsto no art. 4º, da LINDB.

- “A) Direito de nascer e de desenvolver-se de forma sadia e harmoniosa em condições dignas de existência (art. 7º, ECA); implica necessariamente no direito de ser implantado no útero materno e ser gestado em condições materiais e imateriais compatíveis à própria existência e com dignidade até o nascimento;
- B) Direito à saúde em diferentes níveis de atendimento médico específicos, inclusive proporcionados pelo Sistema Único de Saúde (art. 8º, ECA);
- C) Direito a alimentos, em sua acepção ampla, com destaque para os gravídicos (Lei 11.804/08);
- D) Direito à proteção integral para assegurar todas as oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (Art. 3º, ECA);
- E) Direito à convivência familiar com prioridade à família natural (Art. 19, ECA). Nesse ponto, o embrião gerado pela reprodução póstuma perde o direito de conviver com o pai falecido antes de seu nascimento (Art.4º, ECA), surgindo o direito fundamental de receber sua herança (Art. 1.798 e 1.829, I, CC/02). O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, os quais, diante da situação peculiar do embrião na procriação póstuma, deve reconhecer-se o direito de herança se nascer com vida;
- F) Direito à própria identidade, e conseqüentemente o nome como expressão da dignidade, prenome e nome de família (Art. 16, CC/02);
- G) Direito ao parentesco de qualquer origem (Art.1.591, do CC/02), à paternidade (Art. 1.597, CC/02), maternidade, à guarda, cuidado e

zelo, decorrentes do poder e dever familiar, desde o surgimento de sua vida na concepção (Art. 1.634, CC/02);

H) Direito de não ser tratado como objeto, não ser destinado à pesquisa de suas células-tronco embrionárias e não ser descartado a partir da vontade dos genitores, como corolário do direito à vida digna; como consequência lógica têm o direito de não ser morto, o que contraria a disposição explícita do artigo 5º da Lei de Biossegurança, com a previsão de descarte;

I) Direito de ser adotado em caso de não implantação por seus pais biológicos, como reflexo de seu direito de nascer e desenvolver-se numa família substituta (Art. 19, ECA); o embrião não é objeto, é quase pessoa sob o prisma civil e pessoa sob a ótica constitucional, filho por expressa disposição de lei. Filho não é descartado, não é desprezado, filho é merecedor da adoção quando as circunstâncias conduziram a esse cenário.” (DUFNER, 2015)

Como a lei não fez a devida gradação de direitos, não limitando o vínculo de filiação, não cabe mais interpretações, pois todos os direitos decorrentes do nascituro deveriam ser aplicados ao embrião, por conta do princípio da igualdade entre os filhos, com o devido embasamento no art. 277, §6º, da CRFB/88, não importando de qual modo foram fecundados. (XAVIER, 2018)

3.1.2 O Embrião *Post Mortem* e o Direito de Herança

Esse cenário vislumbra o embrião nascido ou concebido após a morte de seu progenitor, a presunção de direitos desse embrião é alvo de críticas doutrinárias, sendo que muitas delas são baseadas na moral.

Mesmo com o grande acervo de direitos a ser discutido no tema, um dos mais difíceis de pacificação é o direito de herança, em muitos países, como na Alemanha, Itália e Portugal, a fertilização *post mortem* com semen do falecido é considerado crime. Já nos Estados Unidos e no Brasil, é permitida, desde que com a autorização prévia do marido, conforme dita o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil e pela Resolução do CFM nº 2.168/2017. (GOZZO, 2013)

Essa proibição da realização da técnica nos países acima citados, é plausível, a partir do fundamento de provocar uma instabilidade jurídica, em específico na sucessão, tanto aos filhos já nascidos, quanto aos gerados *post mortem*. (XAVIER, 2018)

Assim sendo, o Brasil, em seu art. 1.597, do Código Civil de 2002, permite a procriação póstuma com a presunção de paternidade. Deste modo, Dufner (2015), aborda os argumentos de valor moral:

“O filho privado da convivência paterna biológica poderá ser contemplado durante sua existência com a paternidade socioafetiva, fato comum na construção das relações familiares, mas ainda que isso não ocorra, o filho terá memórias do pai falecido, sua estória com a mãe biológica, fotos, cartas, vídeos e outros pertences pessoais que retrataram a dignidade e personalidade do pai morto. O direito brasileiro contemporâneo vislumbra na vida do seu filho, a despeito da ausência paterna, a crença de que terá uma vida digna, pois a dignidade se expressa em várias vertentes.”

Mesmo a garantia constitucional de que o filho não seja privado da existência paterna, nesse caso existe a morte prévia, e como consequência advém o direito de herança, conforme o disposto no art. 5º, XXX, da CRFB/88. Como dita Dufner (2015):

“A herança, por si só, é direito fundamental e também meio de acesso ao exercício de outros direitos que assegurem os caminhos da dignidade e felicidade, como moradia, educação, formação profissional, saúde física e psicológica, alimentos, propriedade, daí a sua importância como direito fundamental.”

A dignidade humana é a garantia do mínimo existencial, abrangendo os bens materiais e imateriais que assistirão ao futuro ser humano, portanto, lhe garantir o direito de herança, diz muito sobre o futuro da dignidade desse ser, reafirmando este mesmo direito assecuratório.

Os legitimados à sucessão já foram expostos no tópico 3.6, e deste o que mais nos interessa são os filhos. Sobre os mesmos, é importante salientar novamente que não há discriminação entre os mesmos, independentemente se é biológico ou adotado, se foi concebido por via sexual ou artificial, se foi nascido ou colhido no seio familiar, e a partir desta designação através do princípio da igualdade entre os filhos, é tida a certeza de que o filho gerado pela procriação póstuma não deve ter discriminação de direitos.

Para uma melhor visualização, Dufner (2015), harmonizou vários dispositivos para guiar o entendimento sobre o direito de herança:

“A) o embrião nascido a qualquer tempo após o falecimento do pai, por criação homóloga, é filho por força da presunção de paternidade - incisos III e IV do artigo 1.597;

B) na qualidade de filho é detentor de todo complexo de direitos que a lei assegura a ele, porque não há nenhuma distinção de tratamento ou direitos - artigo 227, parágrafo 6º, Constituição Federal - pouco importando se surgido pelas vias naturais ou pela via artificial ou pela adoção; é o corolário da máxima da igualdade de que todos são iguais perante a lei;

C) nesse compêndio de direitos, situa-se o direito de herança garantindo em primeiro lugar, aos filhos ou descendentes de primeiro

grau e classe - artigo 1.829, I, CC e artigo 5º, inciso XXX - que excluem na ordem de vocação todos os demais herdeiros. A depender do regime de bens, no entanto, o cônjuge poderá com eles concorrer.”

Conforme dita Dufner (2015) todos os artigos citados acima são decorrentes de uma interpretação harmônica entre os conjuntos normativos.

Deste modo, fica visível a falta de legislação pertinente ao direito sucessório no tocante aos embriões excedentários ou aos embriões implantados post mortem e assim nascidos vivos, ocorre por lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando uma necessidade a qual o órgão legislador ainda não conseguiu suprir.

3.1.3 Os Herdeiros Já Concebidos na Abertura da Sucessão

Os artigos mencionados no tópico anterior, mesmo conversando bem entre si, entram em conflito com o artigo 1.789, do Código Civil, pois este diz “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”, sendo visível que há uma limitação temporal na questão da legitimidade da sucessão.

É claro que em relação ao filho nascido antes do momento de abertura da sucessão não existem divergências, pois o princípio da isonomia garante que o filho nascido antes da morte de seu antecessor, sucederá o mesmo, por ser considerado legítimo para a sucessão. e um sujeito de direito. (DUFNER, 2015)

Sobre o nascituro não existem dúvidas, pois o ser já foi concebido antes da morte de seu antecessor, e o mesmo só entrará no rol de legitimados se nascer com vida, considerando esse espaço de tempo uma pendência de transmissão hereditária. Caso nasça morto, o nascituro é considerado, juridicamente, como se nunca houvesse existido, portanto não ocorrerá a sucessão. (DINIZ, 2014)

Portanto, nessas hipóteses, continua sendo considerado irrelevante se o nascituro foi concebido ou não por via natural ou artificial. A polêmica no assunto paira sobre a reprodução assistida *post mortem*, onde existem duas hipóteses passíveis de ocorrer. A primeira é quando o embrião excedente é criopreservado à época do óbito do pai, e a segunda é quando o embrião é gerado após o falecimento do pai. (DUFNER, 2015)

3.1.3.1 O embrião excedente criopreservado à época do falecimento do pai

Nesta hipótese, o embrião já é existente antes do óbito do *de cuius*, pois esse é pré implantado e congelado, assim, podendo futuramente ser utilizado ao tempo da morte de seu pai, mesmo que venha a nascer depois de sua morte, não há afronta a lei civil, pois é considerado herdeiro do mesmo modo.

A doutrinadora Samantha K. C. Dufner (2015) afirma que, a partir da interpretação do artigo 1.798, do CC/02, que os embriões são seres já concebidos, deste modo, eles passam a ser legítimos para herdar ao tempo da abertura da sucessão:

“A) pode encontra-se no ventre materno ou fora dele, fruto do uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que, desde o surgimento do zigoto humano, no primeiro dia da fertilização – conforme abalizada corrente científica – conhecido por embrião ou pré-embrião, isto é, desde o surgimento da vida em potencial, há proteção jurídica da vida (art. 2º e 1.798 CC);

B) a rigor, desde a concepção ser-lhe é deferida legitimação para suceder, conforme análise do texto normativo, em outras palavras, quando do surgimento do zigoto ou pré-embrião formando antes do falecimento do pai, pouco importando se a implantação em útero materno ou nascimento ocorram bem depois do óbito.

C) o texto do artigo 1.798 elegeu o momento da concepção e não o do nascimento como marco da legitimação à qualidade de herdeiro, pois desde o zigoto formado antes da morte do pai é garantido o direito à herança, ainda que esteja congelado.”

É necessário sempre lembrar que o direito de herança é uma condição, que só poderá ser concluída com o nascimento com vida, assim o embrião, nascituro e depois bebe se tornará um sujeito de direito com seus direitos patrimoniais .pois terá a sua personalidade e capacidade de direito, conforme os artigos 1º e 2º do Código Civil de 2002.

A também doutrinadora Maria Helena Diniz (2014) também reconhece o direito sucessório do embrião.

“A capacidade sucessória do embrião, implantado no útero após o óbito de seu pai, ou do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que sucederá se nascer com vida. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquirir, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), nomeia-se-lhe um curador ao ventre (...).”

Assim, fica claro que os embriões excedentários criopreservados quando concebidos antes da abertura da sucessão são considerados seres concebidos

antes da abertura da sucessão. Portanto, é visto que o artigo 1.798 do Código Civil de 2002, entrelaça as interpretações, assim, como dita Dufner (2015) “não há contrariedade, e sim, há interpretação harmônica.”

3.1.3.2 O embrião gerado após o falecimento do pai

A partir da interpretação literal do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, os filhos concebidos depois da abertura de sucessão não possuem legitimidade para suceder. Assim, os casos de criopreservação de sêmen e óvulos para a possibilidade de fertilização posterior, claramente não resulta em filhos fecundados.

Contudo, a hermenêutica não se baseia somente na interpretação gramatical, também se baseia nas interpretações lógica, histórica e sistemática, para que não ocorram resultados desprovidos do espírito da lei e das considerações harmônicas do ordenamento jurídico brasileiro. E isso ocorre, pois, a hermenêutica é um processo de difícil compreensão que envolve a aplicação de mecanismos para a busca dos resultados eficientes. (DUFNER, 2015)

É inegável que a interpretação gramatical do artigo 1.798, CC/02, entra em conflito com os outros dispositivos, já mencionados sobre o assunto, como: artigo 1.597, III e IV, artigo 1.829, I, ambos do Código Civil de 2002 e o artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988.

Sobre o tema, a doutrinadora Heloisa Helena Barbosa sustenta e defende que os seres concebidos em momento posterior a morte de seu progenitor a qualquer tempo serão considerados sempre concebidos na constância do casamento, portanto, antes da abertura da sucessão:

“A conjugação literal de ambos os dispositivos (art. 1.597 e 1.798) não apresenta problemas: os concebidos *post mortem*, assim como os nascidos a qualquer tempo, presumem-se concebidos na constância do casamento, e por conseguinte, *antes* da abertura da sucessão. Contudo, ainda que se estabelecesse uma ficção jurídica, em lugar de uma presunção, o problema de ordem prática, assim gerado, não estaria resolvido. Observe-se que a presunção, no caso, só tem utilidade exatamente para fins de fixar a época da concepção, posto que inócua para estabelecer a paternidade diante da certeza genética, em face do acima destacado (o material genético é do marido).” (BARBOSA, 2008)

A III Jornada de Direito Civil, em seu Enunciado nº 267, trouxe uma explicação acerca do artigo 1.798, do Código Civil:

“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.”

Assim, foi possível visualizar que o Conselho de Justiça Federal adotou a hermenêutica no caso e obteve o resultado extensivo da norma em questão, com a finalidade de beneficiar os descendentes com a sucessão legítima, concordando com o entendimento de vários doutrinadores.

No entanto, o artigo 1.799, inciso I, CC/02, considera que o “ainda não concebido” (BRASIL, 2002) só pode ser titular de direito sucessório na sucessão testamentária. Nesse caso, após a partilha, os bens serão entregues a um curador, que será o seu administrador, até o prazo de 2 (dois) anos da morte do testador (artigo 1.800, §1º, CC/02). Se, decorrido o prazo de 2 (dois) anos, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados retornarão ao espólio e serão divididos entre os herdeiros legítimos (artigo 1.800, §4º, CC/02).

Ainda sobre o polêmico Enunciado n. 267, o qual elevou o embrião a categoria de sucessor legítimo, os doutrinadores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010) discordam, da seguinte forma:

“Em resumo, naquele famoso evento entendeu-se que o embrião é sucessor legítimo. Ambos ou autores da presente obra não concordam com tal posição, pois acreditam que o embrião, apesar de ter personalidade formal (direitos de personalidade), não tem a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só será herdeiro por força de disposição testamentária.”

Em resposta a essa polêmica, sobre quem seriam considerados concebidos à época da abertura da sucessão e os legitimados ao direito de herança, existem 3 (três) posicionamentos doutrinários:

A) O primeiro sustenta que seria somente o nascituro gestado em ventre materno e nenhum filho decorrente da reprodução artificial *post mortem*.

B) Outro alude que além do nascituro, encontram-se os embriões excedentários e congelados porque já concebido ou fertilizado antes do falecimento do genitor;

C) O terceiro consiste como herdeiro, além do nascituro, todos os embriões gerados na reprodução assistida, em qualquer tempo e por gozar de presunção de paternidade, têm direito sucessório por força de isonomia constitucional estabelecida entre filhos.” (DUFNER, 2015)

Deste modo, é possível vislumbrar a complexidade do tema, restando nas mãos da doutrina e jurisprudência a responsabilidade de fornecer respaldo e elementos para formar a solução desta questão. Pois, muito da legislação se inclina

para a negação de filhos legítimos nascidos pelo método de reprodução humana artificial, seja na hipótese de concepção após a morte, ou na implantação do embrião criopreservado após a abertura da sucessão.

3.2 O DIREITO SUCESSÓRIO DO EMBRIÃO CONGELADO *POST MORTEM* À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal é a norma de máxima hierarquia dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, ela é capaz de degenerar normas infraconstitucionais que são incompatíveis com o seu texto.

As normas constitucionais relevantes para o tema estão exibidas no artigo 5º, XXX e artigo 227, § 6º. O primeiro demonstra a garantia do direito fundamental de herança como uma cláusula pétrea, enquanto o segundo estabelece a isonomia entre os filhos, proibindo qualquer distinção entre eles. (DUFNER, 2015)

Através do rápido vislumbre das normas, o conjunto normativo que exclui o filho gerado por meio da reprodução assistida póstuma da vocação hereditária fere o princípio constitucional da igualdade, portando o artigo 227, § 6º, da CRFB/88, aponta diretamente para a inconstitucionalidade do artigo 1.798, do CC/02.

O controle de constitucionalidade pode ser realizado de dois modos: difuso ou concentrado. De forma simplória, segundo Lenza (2016), além de ser burocrático, ele recebe esse nome pois o único órgão competente para o exame originário é o STF. Enquanto no difuso, o poder pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal e qualquer pessoa pode levantar a questão.

Como dita Dufner (2015) o controle de constitucionalidade dá-se por outras vias, em especial a hermenêutica, pois a adequada interpretação do texto impede que o mesmo seja retirado do sistema, além de garantir uma aplicação justa e correta. Assim, Xavier (2018) dita que “a interpretação correta da lei presta-se ao efetivo controle da constitucionalidade desta dentro do sistema”.

Existem muitos métodos inovadores de interpretação e muitos deles foram desenvolvidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, isso é comum pois é justificada pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, baseado em vários princípios constitucionais. (DUFNER, 2015)

Desse modo, pode-se compreender que existem diferentes soluções para o problema da inconstitucionalidade do artigo 1.798 do Código Civil. Dentre elas, a

melhor opção é a da interpretação conforme os dispostos na Carta Magna, por não ter a necessidade de se eliminar a lei civil do sistema brasileiro. Sobre essa questão, Barroso explica que:

“Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.” (BARROSO, 2014)

A partir do critério hierárquico para a solução do conflito e da interpretação para se obter de um resultado constitucional, a busca da resposta se o filho concebido após a morte do pai estaria excluído da sucessão segue sendo escrito e é defendido por parte da doutrina.

“À luz dos princípios constitucionais, das normas de direitos fundamentais e da hermenêutica plural contemporânea, respondemos que não. Nenhum filho pode ser excluído da herança legítima de seu pai, porque a única interpretação do artigo 1.798 que se coaduna a tais preceitos é a da igualdade entre os filhos, estabelecida no artigo 227, §6º, da Carta Federal. Na máxima da igualdade material não se concebe a maneira como ocorreu a fertilização do zigoto - artificial - nem o tempo da fertilização como *discrímen* razoável. Porque *filho concebido pela via natural ou artificial é filho para todos os efeitos, se a ciência permitiu e o direito previu a possibilidade de procriação póstuma, nenhuma diferenciação de tratamento e direitos pode ser razoável.*” (DUFNER, 2015)

Débora Gozzo (2013) sustenta a não diferenciação nesse caso:

“Independentemente, todavia, de o filho ser matrimonial ou não, o art. 227, §6º, da Constituição, impede que se façam diferenças entre eles, mesmo nos casos de adoção. O texto constitucional vai além, inclusive, no estabelecimento desta igualdade no campo dos direitos fundamentais e das normas de direito de família, para disciplinar a equiparação dos filhos no âmbito do direito sucessório.”

Portanto, é vislumbrado que a melhor interpretação constitucional do artigo 1.798, CC/02, é a que confirma a dignidade dos envolvidos na reprodução *post mortem*, pois a herança é um direito constitucional. Conforme dita Samantha K. C. Dufner (2015):

“A) direito fundamental material a garantir a transmissibilidade da propriedade privada no âmbito familiar;

B) é meio de assegurar os rumos do destino do órfão de pai e outros direitos e garantias fundamentais desse ser como acesso à moradia, convivência familiar, educação, saúde física e psicológica, trabalho, e tantos outros.”

Sendo sempre importante salientar que o direito de herança para o embrião e para o nascituro é subordinado a condição legal, prevista no art. 2º, do CC/02. Seus direitos são resguardados desde a concepção, mas somente serão adquiridos com a plenitude necessária com o nascimento com vida.

Débora Gozzo (2013), sustenta que este é o único resultado hermenêutico plausível diante do ordenamento jurídico brasileiro:

“Ora, o chama direito fundamental de herança, (...), tem a ver com o direito de todo e qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário, de suceder o autor da herança em seu patrimônio ativo e passivo, conforme consta dos já mencionados art. 5º, XXX da Constituição, e art. 1.784 do Código Civil. Desde modo, como afirma-se que o filho nascido por meio de reprodução assistida homóloga post mortem (CC, art. 1.597, III e IV) não é herdeiro de seu falecido pai? A única resposta consoante com o ordenamento jurídico brasileiro é no sentido de que esse filho tem direito à devolução da herança de seu pai, já morto por ocasião de seu nascimento e, mais, morto por ocasião de seu nascimento e, mais, morto há mais de trezentos dias, como presunção constante do art. 1.797, II, da lei civil. Se este direito fundamental do filho dê-lhe de exercer seu direito de herança. Afinal, se ele é filho biológico do autor da herança, não pode ser excluído dela.”

Outra interpretação que percorre no meio doutrinário sobre o direito de herança, desenha uma diferenciação entre filhos biológicos, pautado em critérios de desequiparação irreal, deflagrando a exclusão do direito fundamental da herança, e em consequência, violando a dignidade desse ser. (DUFNER, 2015)

O doutrinador Luís Roberto Barroso e Samantha Dufner defendem que essa é uma posição insustentável, pois o resultado hermenêutico é inconstitucional, devendo ser refutado por importar em violação da Constituição Federal.

Deste modo, Dufner (2015) conclui a problemática:

“A interpretação do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, conforme o conjunto normativo do artigo 227, §6º, da Constituição Federal, bem como os princípios da igualdade material (art. 5º, caput), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do direito fundamental de herança (art. 5º, XXX) todos da Carta Magna, apontam para resultado de interpretação extensiva do texto a fim de incluir os filhos concebidos pelas técnicas de reprodução assistida, em vida ou após a morte do pai, e a qualquer tempo, como herdeiros necessários na sucessão legítima (artigos 1.597, III e IV, 1.829, I e 1.845, do Código Civil.”

Assim, fica claro que o reconhecimento do direito sucessório do descendente de primeiro grau, excluirá os outros herdeiros da vocação hereditária, enquanto isso o filho concorrerá, dependendo do regime de bens adotado, com o cônjuge sobrevivente e outros descendentes de primeiro grau, se houverem, para um equacionamento correto da herança.

Em todo o caso, é aplicado o princípio da máxima eficácia e efetividade, para que seja dado a maior eficácia possível às normas constitucionais, em especial às que falam sobre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

3.3 PROJETOS DE LEI SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Desde a década de 90, o legislativo brasileiro já visualizava a necessidade de uma regulamentação específica para tais técnicas, pois o uso das mesmas já não eram tão distantes e irrealistas para a população melhor provida de recursos econômicos.

Alguns projetos de lei são tão antigos, que não são passíveis de análise, mas são importantes para visualizar o histórico, como: a PL 3.638/1993, proposta por Luiz Moreira, que visava instituir normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida; a PL 2.855/1997, proposta por Confúcio Moura, que visava a regulamentação da utilização de técnicas de reprodução humana assistida e instituiu penalidades; a PL 1135/2003: Dr. Pinotti, que dispõe sobre a reprodução humana assistida e estabelece infrações e sanções, e; PL 2061/2003: Maninha, que buscava disciplinar o uso de técnicas de Reprodução Humana Assistida como um dos componentes auxiliares no processo de procriação, em serviços de saúde, estabelece penalidades e dá outras providências.

3.3.1 Projeto de Lei nº 115/2015

Esse projeto de lei visa instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Regulamentando as técnicas de: – Inseminação Artificial, Fertilização in vitro, Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide, Transferência de embriões, gametas ou zigotos.

No seu art. 6º, ele trás a vedação de algumas práticas, como:

- “I – Fecundar oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não o da procriação humana;
- II - Criar seres humanos geneticamente modificados;

- III – Criar embriões para investigação de qualquer natureza;
- IV – Criar embriões com finalidade de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras;
- V – Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.”
(BRASIL, 2015)

Nos parágrafos desse mesmo artigo é permitido a escolha de características genéticas de forma excepcional, apenas para evitar doenças ligadas ao sexo. Também nos parágrafos, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária, em casos de gestações múltiplas, e, por último, é vedada a prática de confusão na inseminação ou fertilização artificiais.

Seus artigos 7º e 8º deixam claro os princípios que irão proteger a aplicação e utilização das técnicas médicas de reprodução humana.

Esse Projeto de Lei visa regulamentar a doação dos gametas, a cessão temporária do útero, a criopreservação dos gametas ou embriões. E, o mais importante para o estudo, a reprodução assistida *post mortem*, visualizada nos artigos 35 e 36:

“Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.”

Porém, como já estudado, somente essas informações legislativas não suprem a necessidade clara de pacificação sobre o tema. Assim, temos um avanço, mas um avanço mínimo diante de tantos questionamentos a serem supridos sobre o tema. Assim, pulamos para o art. 59, dentro do capítulo VI, que dita sobre os direitos patrimoniais e pessoais das pessoas nascidas pelo emprego das técnicas de reprodução assistida:

“Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou

expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.” (BRASIL, 2015)

Com esse artigo, fica claro e saciado muitos dos questionamentos, garantindo aos embriões excedentários, a fecundação *post mortem*, o direito sucessório no prazo de 3 (três) anos, desde que o genitor tenha autorizado expressamente a utilização de seu gameta ou embrião.

3.3.2 Projeto de Lei nº 7.591/2017

Em contrapartida do Projeto de Lei 115/2015, essa PL visa a simples mudança acrescentando um parágrafo único na redação do art. 1.798, do Código Civil de 2002, que atualmente é a seguinte:

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” (BRASIL, 2002)

A redação do referido artigo se tornaria assim com a mudança:

“Art. 1.798.
Parágrafo único. Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida.” (BRASIL, 2017)

Esse projeto de lei também resolve a problemática em âmbitos gerais, tratando do assunto como se fosse algo simplório, aparentemente não dando a importância que o tema solicita. Mas, como já dito, o avanço é real, mas não é do parâmetro que se espera para o assunto.

3.3.3 Projeto de Lei nº 9.403/2017

Esse projeto de lei vem com a mesma ideia da PL nº 7.591/2017, buscando a alteração do art. 1.798, do Código Civil de 2002. Como vemos:

“Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:

I – os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que serão dados aos embriões, em caso

de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:

- a) Testamento público; ou
- b) Testamento particular; ou
- c) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médicos hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina.

II – nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto 2 na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial.”

A diferença entre os dois projetos de lei do ano de 2017, é que, a 1º permite que o concebido no momento da abertura da sucessão tenha a legitimidade de suceder à herança, independente de testamento. Enquanto a 2º, o concebido por meio de inseminação artificial, só terá a legitimidade para suceder se o *de cujus* tiver feito um testamento, público ou particular, ou um documento assinado pelo casal assinado em clínica especializada na reprodução humana artificial.

É visível, que em relação ao Projeto de Lei 7.591/2017, o Projeto de Lei nº 9.403/2017, tratou um tema com um pouco mais de seriedade, impondo mais cláusulas, mas mesmo assim, os doutrinadores e estudiosos sobre o tema deixam claro que o assunto necessita de mais atenção. Assim, é considerado que, realmente, um Estatuto da Reprodução Assistida abrangendo todos os temas possíveis e imagináveis, elaborado por estudiosos do direito médico e médicos especialistas no assunto, seria o ideal para não restarem mais dúvidas sobre o assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o Direito é uma ferramenta à disposição da sociedade, sempre promovendo a busca por direitos das mais diversas esferas, atendendo a todas as necessidades. Assim, é indispensável o amadurecimento do mesmo para que acompanhe a evolução da sociedade, estando sempre a par das novas necessidades que venham a surgir, para melhor atender as novas possibilidades de litígios e demandas, suprimindo os possíveis conflitos no decorrer da evolução, seja da sociedade ou do direito.

Com os constantes avanços imprevisíveis da medicina, como, por exemplo, o primeiro bebe nascido por meio da reprodução assistida, Louise Brown, que nasceu em 1978, várias outras técnicas de reprodução assistida foram criadas. Assim, a medicina possibilitou a muitos casais a realização do desejo de ter filhos.

Todavia, esses procedimentos de assistência à reprodução caminham em conjunto com muitas oposições, sendo estas, de ordem moral, religiosa, filosófica, ou um compilado de todas estas questões. Mesmo a reprodução assistida não sendo algo inédito para a medicina, é considerada muito distante da sociedade comum, pois, é claro, não é um procedimento popularizado.

Assim, é pacificado, que questionamentos dessa ordem não devem, e não tem, a força suficiente para deter o avanço da ciência e da medicina, em consequência, não podem impedir que pessoas que não conseguem alcançar o desejo de ter filhos de forma natural a buscar os tratamentos que a medicina já desenvolveu.

Entretanto, é impossível que o direito preveja toda a evolução, seja da sociedade, da medicina ou da ciência, e se antecipe por conta própria, pois a legislação atual não é avançada o suficiente para tratar, com segurança jurídica necessária, do direito sucessório dos embriões excedentários. E, embora ocorra, não é possível que o surgimento dessas novas práticas, no caso, totalmente relacionada com o direito à vida, não podem ficar sem a devida regulamentação legislativa.

Como visto no decorrer do estudo, são diversas as questões que envolvem os tratamentos relacionados à reprodução assistida, que caminham desde as pessoas

que possuem tal direito, até qual o destino deve ser dado aos eventuais embriões que não serão utilizados.

Já sobre os direitos decorrentes da reprodução assistida, é sabido que a igualdade de filiação promete o tratamento isonômico a todos os filhos, a dignidade da pessoa humana veda qualquer discriminação, assim, sendo defeso a limitação de direitos do filho concebido através dos métodos de reprodução assistida, em específico aquele concebido *post mortem*.

Mesmo que ainda não seja totalmente regulamentada, a reprodução assistida, homóloga ou heteróloga, é autorizada pela legislação civil brasileira, assim, ficando diversas dúvidas sobre os efeitos jurídicos que poderão ser gerados.

O procedimento da criopreservação, feito por intermédio da técnica de reprodução assistida, consiste no congelamento dos gametas masculinos, femininos ou dos embriões excedentários, que pode ser fecundado e vir a nascer, mesmo após a morte dos pais. Porém, no ordenamento atual, temos a indagação norteadora deste estudo, a possibilidade desse filho, concebido após a morte dos pais, ter o seu direito à filiação e direito a herança resguardado.

A Constituição Federal de 1988, nos art. 5º, XXX, e o art. 227, §§ 6º e 7º, deixa claro a garantia do direito à herança como cláusula pétrea e, também, estabelece do direito da igualdade dentre os filhos, tratando também do princípio da dignidade humana e da paternidade responsável, além do direito do livre planejamento familiar do casal. Somente com essa visualização constitucionais, é possível visualizar a garantia do direito sucessório do filho fruto da reprodução assistida *post mortem*, pois a mínima interpretação distinta gera o tratamento distinto entre os filhos, violando o art. 227, § 6º, da CRFB/88.

No âmbito infraconstitucional sobre o assunto, o art. 1.597, III e IV, do Código Civil de 2002, estabelece a presunção de paternidade dos embriões congelados na constância do matrimônio ou da união estável, ou, até mesmo, em situação de inseminação artificial homóloga, quando o marido deixa o material genético para ser usado após a sua morte.

O art. 1.798, do CC/02, fala sobre os legitimados à sucessão, que são apenas os nascidos ou já concebidos no tempo da sucessão, o que nos traz de volta para a

discussão sobre a possibilidade ou não desse herdeiro receber a herança a qualquer tempo.

Já no art. 1.829 e art. 1.845, também da lei civil, que ditam sobre a ordem da sucessão, é dito que os descendentes são herdeiros necessários, e aparecem na primeira classe da sucessão legítima, assim, ficando claro a prioridade dos mesmos. A partir dessa divergência dentro das normas da lei civil, entra a incompatibilidade de entendimentos dos doutrinadores sobre a possibilidade dos embriões excedentários terem direito, ou não, à herança.

Embora as Resoluções e o Código de Ética elaborados pelo Conselho Federal de Medicina tentem cobrir as lacunas legislativas, tais normas são administrativas, e, também não compreendem os mais variados desdobramentos que possam surgir. Assim, no Brasil, ausência absoluta de normatização sobre o assunto, leva médicos e pacientes a realizarem contratos verbais, ou de adesão, onde os pacientes não têm o mínimo conhecimento técnico para debater o que é considerado a melhor opção para o mesmo. Sendo claro a urgente necessidade de um posicionamento legislativo.

A Lei de Biossegurança trouxe um avanço ao tema, pois em seu art. 5º é autorizado a doação, para a pesquisa e terapia, dos embriões inviáveis ou os congelados a mais de 3 (três) anos, uma vez que estes, mesmo se implantado, muito provavelmente não iriam se desenvolver. Assim, a norma cria um tempo final dos direitos dos embriões, e ainda sim, deixa uma lacuna sobre o que se fazer antes desse prazo.

Com a clara divergência e a visível omissão legislativa de vários questionamentos necessários sobre o tema da reprodução humana assistida, a solução ideal seria a elaboração de uma legislação específica, ou a aprovação de um dos projetos de lei sobre o tema.

O Projeto de Lei nº 7.591/2017 garante o direito de herança, no momento da abertura da sucessão, ao ser já concebido e ao nascituro, e, também garante o direito a pessoa já concebida com o auxílio da reprodução assistida, depois da abertura da sucessão. Enquanto o Projeto de Lei nº 9.403/2017 determina que só terá o direito a sucessão, o ser concebido por meio de reprodução assistida, se o de

cujus deixar explícito em testamento ou em documento assinado em clínica especializada em reprodução assistida.

Assim, como já visto, não foi aprovado nenhum Projeto de Lei que busque por fim a essa discussão acerca da omissão legislativa existente sobre o direito à herança dos embriões excedentários, ficando a cargo dos operadores do direito, devendo sempre ser levado em conta os princípios e as regras constitucionais consagrados que tratam e protegem a filiação, a herança e a igualdade, para que seja possível evitar que as partes venham a ser prejudicadas por essa inexistência do dispositivo legal.

Assim, fica claro a necessidade da edição de uma legislação forte e abrangente, esclarecendo e prevendo todas as condutas, além das já previstas nos projetos de lei. Deste modo, o legislador deve ser uma pessoa a frente do seu tempo, sempre atento às mudanças sociais e avanços da ciência e medicina, tendo sempre em vista que a regulamentação é necessária para que seja possível a garantia da segurança jurídica para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDELMASSIH, Roger. **Avanços em Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2007. 410 p.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A Reprodução Humana Assistida e as Relações de Parentesco**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/2YgUEVX>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

BARBOSA, Heloisa Helena. **Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à Luz da Constituição da República**; In: TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 115/2015**. Disponível em: <<https://bit.ly/2Ila9S2>>, acessado em 17 de nov. de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.591/2017**. Disponível em: <<https://bit.ly/32Q7XPY>>, acessado em 17 de nov. de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 9.403/2017**. Disponível em: <<https://bit.ly/35Hkc2A>>, acessado em 17 de nov. de 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado. 107**. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://bit.ly/3hed7do>>. Acessado em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado. 267**. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://bit.ly/3lgnmjr>>. Acessado em: 15 de out. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/3Ili40n>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<https://bit.ly/36NFWcr>>. Acesso em: 17 de nov. de 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<https://bit.ly/3eHqXVb>>. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <<https://bit.ly/31cakvB>>. Acesso em: 16 de ago. de 2020.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Lei de Biossegurança**. Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/3l2rtzK>>. Acessado em 16 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.957/2010**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://bit.ly/36RnUX8>>. Acessado em 16 de ago. de 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.168/2017**. Brasília, DF, 10 nov. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3kXVpqp>>. Acessado em 16 de ago. de 2020.

CASTELLO BRANCO, Wilfa Campos. **A Reprodução Assistida e os Embriões Excedentes: Tutela Jurídica**. 2009. 214 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1038 p.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1112 p.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. **Direito de Herança do Embrião**. Porto Alegre, Rs: Núria Fabris, 2015. 192 p.

ELER. Kalline Carvalho Gonçalves. **A Qualificação Humana da Pessoa: Uma Análise Ético-jurídica dos Embriões Excedentários**. 2015. 160 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito. Juiz de Fora, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 736 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 584 p.

GOZZO, Débora. **Direito Fundamental de Herança e Inseminação *post mortem***. In: GOZZO, Débora; BITTAR, Eduardo C. B.; LEISTER, Margareth (org.). **Direitos Humanos Fundamentais - Doutrina, Prática e Jurisprudência**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARREY, José Guilherme di Rienzo. **Aspectos Jurídicos da Reprodução Assistida**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2008.

MEIRELLES, Jussara. **A Vida Humana Embrionária e a sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro. Renovar. 2000.

NAKAMURA, Milton. **Inseminação Artificial Humana**. São Paulo, Sp: Livraria Roca, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v.5.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

SANTOS, Nelson da Cruz; IZZO, Carlos Roberto; SILVA, Alessandra de Araujo. **Técnicas de reprodução assistida – GIFT**. In Tratado de ginecologia – Conduas e rotinas de ginecologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Editora Revinter, 2005.

SANTOS, Vanessa Gonçalves de Melo. **A Filiação Póstuma Decorrente do uso de Técnicas de Reprodução Assistida e suas Implicações no Âmbito do Direito Sucessório**. 2017. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3hcE0hX>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

SCALQUETTE, Ana Cláudia. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. São Paulo: Método, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

XAVIER, Débora Regina de Souza. **Direito Sucessório dos Embriões Excedentários**. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Brasília, DF. 2018.

WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.