

FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU
DIREITO

Livia Cardoso de Oliveira

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E OS IMPACTOS NO
DIREITO SUCESSÓRIO

Bauru
2024

Lívia Cardoso de Oliveira

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E OS IMPACTOS NO
DIREITO SUCESSÓRIO**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito, sob a orientação do
Professora Ma. Cláudia Fernanda de
Aguiar Pereira.**

**Bauru
2024**

Oliveira Cardoso, Livia

Reprodução Humana assistida post mortem e os impactos no direito sucessório. Livia Cardoso de Oliveira. Bauru, FIB, 2024.

42f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira

1. Sucessão. 2. Reprodução Humana Assistida. 3. Post Mortem. I. Título II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

Lívia Cardoso de Oliveira

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E OS IMPACTOS NO
DIREITO SUCESSÓRIO**

**Monografia apresentada às
Faculdades Integradas de Bauru para
obtenção do título de Bacharel em
Direito,**

Bauru, 13 de novembro de 2024.

Banca Examinadora:

Presidente/ Orientador: Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira

Professor 1: Me. Ari Boemer Antunes da Costa

Professor 2: Me. José Paulo Nardone

**Bauru
2024**

Dedico este trabalho aos meus pais,
Valdecir e Fátima

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me dar forças para alcançar mais uma vitória em minha vida.

Agradeço aos meus pais, Valdecir e Fátima por me apoiarem e se esforçarem para me ver feliz e realizada, por me proporcionarem a oportunidade de realizar uma graduação, como também por toda a educação e amor.

Agradeço ao meu noivo, Thiago, por todo incentivo, apoio, paciência e companheirismo que me deu ao longo dessa trajetória.

À minha orientadora, Professora Ms. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira, pelo incentivo, suporte, explicações, e confiança depositada em mim.

A todo corpo docente do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru, muito obrigada pelos ensinamentos prestados e por todo o auxílio.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

Oliveira Cardoso, Livia. **Reprodução Humana Assistida Post Mortem e os Impactos no Direito Sucessório**. 2024 42f.. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2024.

RESUMO

Este trabalho irá abordar sobre a reprodução humana assistida post mortem e seus impactos no direito sucessório. Foi realizada pesquisa bibliográfica e documental a respeito da evolução histórica da família e da filiação, bem como da ciência, foram apresentados conceitos e técnicas da criopreservação do material genético. O objetivo é esclarecer onde os filhos advindos de reprodução humana assistida post mortem se encaixam e quais são os direitos no âmbito da sucessão, tendo em vista a escassa legislação sobre o assunto. Analisando os princípios, a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/17, o Provimento do CNJ 149/2023 e a jurisprudência, ressaltando a importância que o assunto necessita da normatização por uma lei específica que regule a reprodução humana assistida post mortem e seus direitos sucessórios.

Palavras-chave: Sucessão. Reprodução Humana Assistida. Post Mortem.

Oliveira Cardoso, Livia. **Reprodução Humana Assistida Post Mortem e os Impactos no Direito Sucessório**. 2024 42f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2024.

ABSTRACT

This work will address post-mortem assisted human reproduction and its impacts on inheritance law. It was carried out through bibliographical and documentary research regarding the historical evolution of family and affiliation, as well as science, presenting concepts and techniques for the cryopreservation of genetic material. The objective is to clarify where children arising from post-mortem assisted human reproduction fit in and what the rights are in the context of succession, given the scarce legislation on the subject. Analyzing the principles, the Resolution of the Federal Council of Medicine 2168/17, the Provision of CNJ 149/2023, jurisprudence, highlighting the importance that the subject requires the elaboration of a specific law that regulates post-assisted human reproduction mortem and their inheritance rights.

Keywords: Succession. Assisted Human Reproduction. Post Mortem.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA	11
3	FILIAÇÃO	14
4	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA	17
5	PAPEL DA CIÊNCIA	21
6	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS	23
7	A REPRODUÇÃO POST MORTEM	26
7.1	Normatização do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça	27
8	ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA POST MORTEM	30
8.1	Sucessão Legítima	33
9	CONSIDERAÇÕES FINAIS	38

APÊNDICES

ANEXOS

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como tema a reprodução humana assistida post mortem e os impactos no direito sucessório.

Como ainda há um grande desejo das pessoas em constituir uma família, as técnicas de reprodução humana assistida auxiliam aqueles que por algum motivo não conseguem ter um filho, a se tornarem pais. Solucionando assim, os problemas de infertilidade, esterilidade e hipofertilidade.

As técnicas também podem ser utilizadas em casos que um dos genitores vem a falecer e o outro deseja usar seu material genético criopreservado após essa morte, o que chamamos de reprodução humana assistida post mortem.

Todavia, o tema abordado, causa certa polêmica, uma vez que o assunto é pouco disciplinado no ambiente jurídico, principalmente no tocante à técnica da reprodução humana assistida post mortem, pois não há, até o presente momento, lei específica para a regulamentação dessa nova realidade que vem sendo enfrentada.

O trabalho foi desenvolvido com base em pesquisas bibliográficas, doutrinas, resoluções, jurisprudências, entre outros.

No primeiro momento abordaremos a evolução do instituto familiar, da filiação e da ciência ao longo do tempo, a explicação dos conceitos e a própria modificação da legislação sobre o assunto.

Em um segundo momento, abordaremos a respeito dos principais princípios constitucionais que regem a reprodução humana assistida, tais como: princípio da dignidade humana; princípio da igualdade na filiação; princípio da liberdade e do planejamento familiar.

Após analisarmos os princípios passaremos de fato a estudar a reprodução humana assistida post mortem, veremos um pouco sobre seu conceito e suas técnicas, bem como sua instrumentalização no direito brasileiro, observando a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/17 e o Provimento 149/2017 do CNJ, além da posição da jurisprudência sobre o assunto.

Ao final, analisaremos a questão do direito sucessório, como os juristas veem o tema, e sua aplicabilidade nos casos concretos diante da falta de lei específica,

respondendo o questionamento feito, se realmente um filho advindo da reprodução humana assistida póstuma possui direitos no âmbito sucessório.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

O conceito de família vem se modificando ao longo do tempo, pois os costumes, o próprio direito em vigor e a sociedade acabam influenciando na definição de família, como também em sua estrutura.

Antigamente, o Brasil sofreu forte influência da Igreja e do próprio Estado para estabelecer o que era família, pois ambos na tentativa de manterem a ordem, a boa aparência, bem como a procriação estabeleceram regras e proibições na vida das pessoas.

A Igreja somente reconhecia a união entre um homem e uma mulher, e tratava tal relação como um sacramento indissolúvel, sendo o principal foco a reprodução. Era tamanha a influência da Igreja no Brasil, que até o próprio legislador no Código Civil de 1916, reconheceu apenas a união matrimonial no ambiente jurídico (Dias, 2021).

Essa família matrimonial prevista no ordenamento jurídico era extremamente conservadora, patriarcal, patrimonializada, heterossexual e marcada pela indissolubilidade.

Posteriormente com a Lei do Divórcio em 1977, que as relações puderam ser dissolvidas, quebrando o vínculo do “até que a morte os separe” conforme a Igreja previa.

No século XX com o advento da Revolução Industrial, as mulheres ingressaram no mercado de trabalho, passando a terem um papel mais ativo dentro da estrutura familiar, uma vez que o homem a partir desse momento deixou de ser a única fonte de renda dentro de casa. Trouxe mais autonomia, liberdade para o sexo feminino, mudando de forma significativa o ambiente familiar.

É possível citar Rolf Madaleno (2020):

A liberdade e maior autonomia da mulher com o abandono da versão conjugal do marido provedor, em uma relação moldada no passado, na ideia de dominação da esposa pelo homem, sobremodo em função da sua dependência econômica, na qual a mulher terminava arrastando seus filhos, sujeitando-se às alianças de sobrevivência e infelicidade, deixaram de habitar as angústias femininas[...] (Madaleno, 2020, p.104).

Dessa forma, é nítido que a estrutura familiar sofreu mudanças a partir desse momento. A própria reprodução que antes era o objetivo de uma família passou a se

tornar mais difícil, fazendo com que o amor, carinho e afeto se tornassem protagonistas nas relações familiares.

Conforme Maria Berenice Dias (2021):

Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. (Dias, 2021, p. 43 e 44).

A evolução da ciência também contribuiu para a modificação do conceito de família, quer seja com o início da utilização dos métodos contraceptivos, quer seja através das técnicas de reprodução humana assistida.

Contudo, até a Constituição Federal de 1988, a única forma que existia para reconhecer o vínculo familiar ainda era o matrimônio.

Após sua promulgação, o termo família recebeu um novo conceito. Uma terminologia que vai muito além do laço sanguíneo, da necessidade de um casamento. Trouxe como foco a existência da afetividade, amor e carinho.

Nesse sentido, Dias (2021) afirma que:

A família é uma construção cultural. Onde todos ocupam um lugar, possuindo uma função, seja ela de pai, mãe ou filho, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. (Dias, 2021, p.42)

Ainda sobre o mesmo assunto, afirma:

[...] A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação [...] O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo [...] (Dias, 2016, p.230).

Assim, é evidente que a Constituição Federal foi um divisor de águas na questão da definição do que seria a família, trazendo um conceito mais abrangente, sem qualquer discriminação, não importando sua origem. DIAS, disserta sobre o assunto:

[..] Rastreado os fatos da vida, a Constituição reconhece a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento. Assim, enlaçou no conceito de entidade familiar e emprestou especial proteção à união estável (CF, 226 §3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes[.]Relacionamentos antes clandestinos e marginalizados, adquiriram visibilidade. (Dias, 2016, p.229).

Não é demais ressaltar que a possibilidade da dissolução do casamento trouxe a tona o surgimento das famílias “mosaico”, que são aquelas advindas da união de

peças descasadas que já possuem filhos dos relacionamentos anteriores e que optam por também terem filhos nos novos relacionamentos.

Embora o conceito de família tenha sido alterado significativamente nos últimos anos, a intenção de ter filhos ainda é um objetivo da maioria dos casais. Por essa razão, analisaremos a filiação no aspecto jurídico.

3 FILIAÇÃO

Assim, como a família, o conceito de filiação, bem como de quem são os filhos, também mudou com o tempo, tendo em vista as diversas mudanças que a sociedade sofreu ao longo dos anos. Filhos são os parentes na linha reta descendentes em 1º grau.

Dessa forma, atualmente a luz da Constituição Federal, conforme disposto no artigo 227, § 6º, é considerado filho:

Artigo 227 –

[...]

§6 - Os filhos, advindos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (Brasil, 1998)

Conforme explanado acima, o significado do termo filho sofreu diversas alterações com o tempo, tendo em vista que até a Constituição Federal de 1988 considerava-se filho quem nascia até 180 dias após o casamento ou quem nascia até 300 dias após o término da união conjugal. Isso, justifica-se na tentativa de preservar o ambiente familiar e o casamento. (Dias, 2016)

Entretanto, essa necessidade de preservar o ambiente familiar fez com que surgisse uma classificação para os filhos havidos dentro e fora do casamento, ou seja, eram considerados filhos legítimos, ilegítimos e legitimados, não obstante os ilegítimos se subdividiam em incestuosos e adulterinos. (Dias, 2016)

Todavia, como já mencionado, a partir da promulgação da Nossa Carta Magna, o conceito de filho sofreu uma resignificação, tendo em vista que a Constituição em seu texto foi extremamente clara ao determinar que todos os filhos são iguais, sendo proibida qualquer conduta discriminatória.

Assim, desde de 1988 todos os filhos passaram a ter os mesmos direitos e deveres, não importando mais sua origem, nem a condição jurídica dos pais.

Tal conceito, perpétua até os dias de hoje, onde os filhos não podem sofrer qualquer efeito diferente pelo simples fato de terem ou não nascido de uma relação matrimonial.

Cristiano Chaves de Farias disserta sobre o assunto em sua obra:

A partir da estrutura constitucionalmente imposta à filiação, é razoável afirmar que além da absoluta impossibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem, (seja distinção de efeitos pessoais ou de efeitos patrimoniais), não há mais qualquer obstáculo à determinação de filiação, sendo vedado o estabelecimento se limites de vínculo filiatório, seja ele qual for. (Farias, Chaves, 2017, p.560)

Além da Constituição, o Código Civil também sofreu mudanças passando a considerar que todos os filhos havidos ou não da relação conjugal tem os mesmos direitos, proibidas quaisquer designações discriminatórias, em seus artigos 1601 e 1606.

Não ficando pra trás, o Estatuto da Criança e do Adolescente em texto também regulamentaram sobre o assunto nos artigos 26 e 27. Rompe-se assim o sistema jurídico antes imposto e surge um novo em seu lugar, dando uma nova visão sobre filhos.

Artigo 26 - Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.(Brasil,1990)

Artigo 27 - O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (Brasil, 1990)

Ademais, nos dias atuais, não é considerado filho só com quem possui o mesmo material genético, mas sim aquele que embora não tenha o DNA dos pais, vivencia uma relação de filiação, tendo como elementos essenciais a vivência do cotidiano, a preocupação, o carinho, os conselhos e ensinamentos, a qual recebe o nome de filiação socioafetiva. Chaves (2017) faz um análise sobre o tema:

Assim, sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas.(Farias Chaves, 2017, p 565.)

Não obstante, as pessoas nos presentes dias tem a liberdade de decidir ter filhos da maneira como quiserem, pois a filiação pode ser realizada através de mecanismos biológicos, ou seja, através de relacionamentos sexuais entre pessoas

com um relacionamento estável ou não, através da adoção, como também da fertilização assistida.

De suma importância resaltar que seja qual for o método escolhido pelas pessoas que decidirem ter filhos, não haverá qualquer efeito diferenciado no ambiente dos efeitos jurídicos para o filho.

Rompe-se assim o sistema jurídico antes imposto e surge um novo em seu lugar , dando uma nova visão sobre filhos e garantindo uma liberdade muito mais ampla para as pessoas.

Para que essa ampliação da visão de filhos pudesse ser normatizada, foi necessário que a jurisprudência, se valendo de princípios constitucionais específicos, reconhecesse tal relação de parentesco. Por essa razão, analisaremos alguns princípios constitucionais que versam sobre o tema em tela.

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA

A família com o passar do tempo passou por inúmeras mudanças, o que impossibilitou que a legislação pudesse prever e disciplinar todas as situações, que envolvem esse instituto.

Assim, além do direito positivado existem os princípios, estes que por sua vez acabam norteando, limitando e guiando na interpretação das leis existentes bem como as situações que ainda não foram previstas pelo legislador.

Após a Constituição de 1988, inúmeros princípios surgiram e são utilizados para reger o instituto familiar, porém existem aqueles que são fundamentais para o entendimento do assunto tratado no presente trabalho, quais sejam:

a) Princípio da dignidade humana:

Esse princípio é o norte para todos os outros, ele serve como base, um direcionamento para interpreta-los. Ele traz como foco o próprio ser humano, como um ser que deve ter seus direitos respeitados e garantidos.

Dias, em sua obra discorre sobre o princípio:

É o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. (Dias, 2016, pág 74)

O princípio da dignidade humana, serve como um norte para o próprio Estado, pois em suas ações precisa abster-se de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, mas também deve oportunizar que essa dignidade esteja presente em suas condutas, garantindo o mínimo existencial para cada pessoa.

Ainda sobre o tema, Maria Berenice Dias (2016) disserta que tal princípio despatrimonializou e despersonalizou os institutos jurídicos, colocando a pessoa humana no centro do direito.

b) Da igualdade entre filhos:

Conforme mencionado no tópico acima, antigamente havia distinção entre os filhos havidos fora do casamento, os quais não eram considerados legítimos. Todavia, com o passar dos anos e com a Constituição Federal de 1988, a luz do princípio da igualdade, tornou-se proibida qualquer distinção entre os filhos, independente da origem destes.

O princípio da igualdade entre os filhos está previsto no artigo 227 §6º da Constituição Federal:

Artigo 227 –

[...]

§6 - Os filhos, advindos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (Brasil, 1998)

Júlio Cesar Sanchez discorre sobre o assunto:

Isso, porque a filiação é um fato da vida. Ser filho de alguém independe de vínculo conjugal válido, união estável, concubinato ou mesmo relacionamento amoroso adúltero, devendo todos os filhos ser tratados da mesma forma. (Sanchez, 2022, p.252)

O Código Civil, também segue essa linha da igualdade dos filhos em seu artigo 1596:

Art.1596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.(Brasil, 2002)

Assim, em razão desse princípio não é concebível qualquer discriminação entre filhos biológicos, afetivos, adotivos ou advindos de qualquer técnica de reprodução humana assistida. Todos são iguais no que tange ao poder/dever familiar e no direito sucessório.

c) Princípio do planejamento familiar:

No passado, a sociedade era muito rígida quando o assunto era família, e por conta dessa rigidez, a mesma acabava intervindo nas escolhas que as pessoas deveriam fazer.

Como já analisamos, antigamente o único meio de se constituir uma família e de ser bem vista pela sociedade patriarcal só se dava se a mesma fosse através de um matrimônio.

Anderson Schreiber discorre sobre essa questão:

Não havia liberdade para constituir entidade familiar, fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando a circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as consequências privativas aos filhos.(Schreiber,p.1198, 2020)

Com o advento da Constituição Federal, essa realidade sofreu modificações, em seu artigo 226, §7º prevê o princípio do planejamento familiar, que consiste na liberdade de decidir como constituir uma família, a maneira de cuidar e guiar essa entidade, vejamos:

Artigo 226 -

[...]

§7º- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Brasil, 1998)

Paulo Lobo faz uma análise sobre essa mudança de ótica após a Carta Magna:

As transformações desse paradigma familiar ampliaram radicalmente o exercício da liberdade para todos os atores, substituindo o autoritarismo da família tradicional por um modelo que realiza com mais intensidade a democracia familiar. (Lobo, 2018, p.49)

Assim, podemos concluir que o princípio da liberdade de planejamento familiar, se refere ao livre poder de escolha para constituir uma família, de como esta pode surgir, ser, se compor e se comportar ao longo do tempo, não havendo mais que se falar em restrições, todavia sempre respeitando a dignidade da pessoa humana e a moral.

d) Princípio do Melhor interesse da criança :

Esse princípio é direcionado as crianças e adolescentes, tendo em vista que estes necessitam de uma maior proteção e segurança.

As crianças e adolescentes passaram a ser vistos como seres de direito, merecendo ampla proteção e assistência, a partir do momento em que o Estatuto da Criança e do Adolescente entrou em vigor em nosso ordenamento jurídico. Assim, o princípio do melhor interesse surge para reforçar essa proteção, tutelando a infância e a juventude mais amplamente (Colucci, 2014 p 28).

Assim, em qualquer decisão que envolva tanto uma criança quanto um adolescente, o judiciário sempre irá se basear no princípio em análise, para que assim, assegure que o melhor estará sendo feito para a criança e para o adolescente.

Conclui-se portanto que os princípios são elementos norteadores das decisões acerca das relações entre pais e filhos, principalmente quando há omissão legislativa acerca do tema, como é o caso da filiação advinda da reprodução humana assistida, tema que será abordado a partir do próximo capítulo.

5 PAPEL DA CIÊNCIA

Desde muito tempo atrás, há uma grande preocupação com a continuidade da espécie humana, por isso, o casamento, a reprodução sempre estiveram em discussão e com uma certa proteção do Estado e até mesmo da Igreja.

Juliano Marcondes Paganini discorre sobre:

Registros históricos demonstram que [...] a humanidade constantemente sacralizou e divinizou reprodução como meio de manutenção de sua própria existência enquanto espécie[...] (Paganini, 2011, p.50)

Essa preocupação levou a criação de vários rituais para que as mulheres pudessem engravidar e garantir a continuidade da espécie.

Paganini comenta sobre o assunto:

[...] Trata-se de métodos muitas vezes envolvendo o sacrifício de animais de notória fertilidade[...] e a utilização de substâncias de discutível nocividade à saúde[...] propostos por médicos e curandeiros populares, e endossados por párocos, sem qualquer respaldo científico, mas robusto sustento místico e devocional. (Paganini, 2011, p.51/52)

A preocupação do Estado e da Igreja em certo ponto carecia de razão tendo em vista que muitos homens e mulheres sofrem com o problema de esterilidade, infertilidade ou hipofertilidade.

Assim, para que possamos entender o papel da ciência na continuidade da espécie humana, é necessário primeiro entender a diferença entre esterilidade, infertilidade e hipofertilidade.

A esterilidade refere-se ao casal, ou seja mesmo ambos mantendo relações sexuais contínuas, não conseguem desenvolver uma gravidez.

Paganini explica:

O termo esterilidade não deve ser confundido com infertilidade ou com hipofertilidade. O primeiro destes conceitos é pertinente ao casal, significando a incapacidade de sua reprodução, apesar da manutenção de relações sexuais em uma frequência adequada, sem a utilização de métodos contraceptivos, por um período que, em situações normais, seria suficiente ao intento da reprodução. (Paganini, 2011, p. 48)

A infertilidade está inteiramente ligada a incapacidade individual de cada indivíduo de poder gerar um descendente.

Paganini disserta:

Por sua vez, a infertilidade é a incapacidade individual de produzir descendentes, por causa orgânicas ou funcionais, pertinentes à fecundação. (Paganini,2011.p.49)

Enquanto que a hipofertilidade está relacionada a ausência de um número mínimo suficiente de gametas.

Com o passar dos anos, a necessidade de ser casado para que pudesse ter filhos foi se disseminando, como também o controle da Igreja e do Estado sobre o assunto.

A prioridade passou a estar em outros ambientes, como por exemplo a inserção da mulher no mercado de trabalho, a busca por uma carreira promissora, inúmeros objetivos antes de se construir uma família. Mas, de suma importância ressaltar que as novas prioridades acabaram se tornando uma das principais causas impeditivas para se ter um filho após uma certa idade.

Pois, até um certo momento, os casais que eram inférteis não conseguiam dar continuidade a sua genética, pois o único meio admitido e conhecido até então era através do contato sexual dos genitores.

Atualmente, essa necessidade caiu por terra, tendo em vista que a ciência sofreu e vem sofrendo um grande avanço, possibilitando que as pessoas inférteis consigam ter filhos através das técnicas assistidas, resolvendo assim o problema da esterilidade, infertilidade ou hipofertilidade que até então era um obstáculo na vida de uma grande parte das pessoas.

Madaleno comenta sobre o assunto em sua obra que: “As técnicas de reprodução assistida são avanços biotecnológicos criados para contornar os problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade” (Madaleno, 2020, p. 947).

Assim, como tudo sofre uma evolução, a ciência não poderia ficar para trás,, sofreu um rápido avanço nas ciências biológicas no que tange o campo da reprodução, gerando diversas técnicas que podem ser utilizadas, que serão assunto do próximo tópico desse trabalho.

6 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS TÉCNICAS

A reprodução humana assistida, também conhecida como: concepção artificial, fertilização artificial, fecundação, fertilização assistida dentre outros termos, consiste no encontro do óvulo com o espermatozoide sem ter acontecido um ato sexual.

Maria Helena Machado em sua obra traz o conceito de reprodução humana assistida:

[...] Consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozoide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual. (Machado, 2003, p.32)

Por muito tempo o papel do médico, enfermeiro era cuidar da mulher grávida para que esta viesse dar a luz de maneira saudável.

Nos dias atuais, esses profissionais podem, através das técnicas mencionadas abaixo, provocar o desenvolvimento de uma gravidez, não apenas cuidar de uma gravidez já desenvolvida, através da substituição dos meios naturais pelos métodos artificiais.

Machado, disserta sobre o assunto:

[...] Ocorreu uma transferência de responsabilidade conjugal para o corpo médico que não tem mais hoje somente a função de garantir a saúde mas também o poder de criar, transformar, e até de ser constrangido a destruir a vida [...] (Machado, 2003, p.33)

No meio do século passado (1950) surgiu a inseminação artificial, uma das técnicas mais simples, a qual consiste na implantação do material genético masculino no corpo da mulher.

Por conta dessa “simplicidade” a inseminação artificial mostrava-se falha em alguns casos, então a ciência desenvolveu uma nova técnica em que a formação do embrião ocorre no ambiente laboratorial e só depois ele é implantado no útero materno, que é a fertilização in vitro.

Quando a mulher não conseguir fecundar através dos meios naturais, esta poderá recorrer a fecundação in vitro. Onde a fecundação do óvulo com o

espermatozoide ocorrerá em um laboratório e não no corpo da mulher, formando embriões que serão transferidos para o útero.

A fertilização in vitro mencionada acima, é a técnica que permite o encontro do espermatozoide com o óvulo fora do corpo da mulher, para que ocorra a fecundação. Assim, logo após a formação do embrião, este é implantado no útero da mulher para que possa se desenvolver. Importante ressaltar que o útero pode ser da futura mãe como de uma hospedeira, mais conhecida como “barriga de aluguel”.

Segundo Machado o conceito de Fertilização in vitro é:

A Fivete consiste, essencialmente, em permitir o encontro entre o óvulo e os espermatozoides fora do corpo da mulher, e depois de um a três dias mais tarde, em colocar no útero dessa mesma mulher, o embrião obtido, para que ele possa ali se desenvolver. (Machado, 2003, p.39)

A ciência também desenvolveu o que chamamos de doação assim, quando o homem não produzir espermatozoides ou produzir em quantidade insuficiente pra que ocorra a fertilização, poderá utilizar de espermatozoides doados que ficam armazenados nos bancos de sêmen.

Já no caso da mulher não possuir óvulos ou não tê-los em quantidade suficiente esta poderá utilizar os óvulos de doadoras que serão fertilizados in vitro com o espermatozoide do marido e após implantados no útero.

Quando ambos são inférteis, podem recorrer a doação de embriões congelados.

E ainda, quando a mulher não consegue carregar o bebê em seu útero pode se socorrer da “barriga de aluguel”.

As técnicas podem ser realizadas a partir dos seguintes procedimentos:

Intracorpóreas: Conhecida como inseminação artificial, é o método através do qual é inserido o gameta masculino dentro do aparelho genital feminino. Fazendo com que a fecundação aconteça dentro do corpo da mulher, nesse método não acontece nenhum tipo de manipulação externa do óvulo ou do embrião.

Extracorpóreas: Conhecida como fertilização in vitro, na qual é recolhido o óvulo que será fecundado e o espermatozoide. A fecundação desse óvulo será fora do corpo humano sendo posteriormente transferido para o útero materno o óvulo já fecundado.

Homóloga é aquela em que somente se utiliza o material biológico dos pais. Não havendo a doação de material biológico (espermatozoide, óvulo ou embrião) por terceiro.

Madaleno nos traz o conceito:

A inseminação artificial homóloga utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental. É a técnica pacificamente aceita pela sociedade pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica. (Madaleno, 2020, p.951)

A fertilização heteróloga é aquela em que um ou ambos dos materiais genéticos utilizados é proveniente de terceiros.

Rolf Madaleno conceitua:

[...] é heteróloga a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro. Entretanto, e para que não parem dúvidas, a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide), como da mulher (óvulos)[...] (Madaleno, 2020, p.958)

Todos esses meios também podem ser utilizados na reprodução humana assistida post mortem que será objeto do próximo tópico.

7 A REPRODUÇÃO POST MORTEM

Reprodução assistida nada mais é do que a criopreservação de embriões ou de material genético. Tanto um como outro podem ser utilizados durante a vida daquele que os forneceu como também após sua morte.

Quanto a reprodução assistida post mortem surgem alguns questionamentos sobre a sua licitude, pois quando um homem quer utilizar o óvulo de sua esposa falecida ou a mulher deseja utilizar o sêmen de seu marido falecido há um problema pois, pode acontecer do titular do material ter deixado o seu consentimento antes do falecimento, com também não terem cogitado sobre o assunto em vida.

Todavia, apesar de ainda ser muito escasso o ordenamento jurídico brasileiro sobre o assunto, o Código Civil traz a presunção de paternidade e a licitude da procriação assistida mesmo quando realizada após a morte de um dos genitores.

Para entendermos essa presunção de paternidade concedida aos filhos advindos de reprodução humana assistida post mortem é necessário retomarmos o conceito de filiação.

Segundo Madaleno (2020, p. 942) “[...]filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.”

Desse modo, quando é realizada a reprodução assistida através de inseminação artificial homóloga, a presunção de paternidade está positivada no Código Civil, nos incisos III e IV no Art. 1.597 conforme demonstrado abaixo:

Art. 1.597. 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, 2024).

Quando o filho advir de alguma técnica assistida post mortem, a presunção de paternidade está prevista no inciso III do mesmo artigo mencionado acima. Uma vez que este possibilita que uma mulher se torne mãe mesmo após a morte do seu marido, como também que os filhos tenham seu direito a paternidade reconhecida mesmo após o falecimento de seu genitor.

Esses filhos advindos de forma póstuma dentro do prazo de 300 após o falecimento do de cujus, terão a presunção de paternidade prevista no artigo mencionado acima, conhecida como “ pater is est quem justiae nupciais demonstrant”.

Enquanto que os filhos advindos após esse prazo de 300 dias, necessitarão recorrer ao judiciário para ter sua paternidade reconhecida, pois não se aplica a presunção prevista no Código Civil.

Todavia, é de suma importância frisar que os filhos advindos de reprodução humana assistida post mortem sempre terão o direito à paternidade, não importando se nasceram antes ou após o tempo previsto em lei, uma vez que é um direito inegável a eles, podendo ser requerida a qualquer tempo.

Entretanto no que diz respeito ao direito de herança, tema desse trabalho surgem alguns questionamentos diante da ausência de legislação sobre o assunto.

7.1 Normatização do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Nacional de Justiça

Conforme já mencionado acima, o tema reprodução humana assistida post mortem é muito pouco positivado, possuindo várias lacunas em diversas questões. Isso faz com que surjam regulamentos para tentar suprir alguns desses vazios no ordenamento jurídico, como por exemplo:

O Código Civil não exige a prévia autorização do marido para a utilização de seu material genético após sua morte, deixando assim uma lacuna na lei.

Contudo, a resolução do Conselho Federal De Medicina (CFM) nº 2.168/2017, veio em seus termos exigir a necessidade da autorização prévia.

Assim, no caso, de uma mulher querer ter um filho de seu marido já falecido, é preciso que este tenha permitido expressamente o uso de seus gametas e embriões, ou seja, seu material genético.

A viúva não pode exigir que a clínica disponibilize o material genético armazenado em seu estabelecimento para a realização de uma futura fertilização, se em vida o marido não houver expressado esta vontade.

O Conselho Federal de Medicina não proíbe que se utilize o material genético de maneira póstuma, mas exige que tenha uma manifestação de vontade do de cujus, para que: consolide o projeto parental, o liame de filiação e os efeitos sucessórios.

Diante da ausência de norma que regulamenta a reprodução humana assistida post mortem, o legislador utiliza-se das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, mais especificamente a Resolução nº 2168/17

Referido documento em seu item V.3 exige que no momento da criopreservação do material genético os cônjuges ou companheiros expressem por escrito sua vontade quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados:

V. 3 - No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá -los.(Brasil, 2017)

No item VIII da Resolução 2168/17 a reprodução assistida post mortem é permitida desde que:

VIII [...] desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, 2017)

O legislador também se utiliza do Provimento 149/2023 do CNJ, que disciplina o seguinte:

Art. 513,§2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (Brasil,2023)

Assim, sem a autorização expressa do marido, tal prática é vedada tendo em vista que não há como saber se o falecido iria autorizar ou não a utilização do seu material genético após a sua morte.

Todavia, diante da complexidade do assunto tanto a Resolução quanto o provimento não conseguiram prever todas as situações que podem vir a acontecer,

diante disso analisaremos como o judiciário tem julgado casos que a resolução não foi capaz de suprir.

Dessa forma, como não há um regramento disposto na legislação do Código Civil a jurisprudência na análise dos casos concretos, tem se norteado basicamente nos textos acima transcritos.

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. (STJ, Resp nº 1.918.421/SP 08/06/2021, BRASIL, 2021)

Em referida decisão o Ministro Marco Buzzi disserta em determinado momento que:

Item V

Especificamente quanto à reprodução humana assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente. (Resp nº 1.918.421/SP 08/06/2021, BRASIL, 2021)

Ademais, no decorrer do acórdão o Ministro destaca que para a utilização dos embriões post mortem, é necessário que a parte tenha manifestado sua vontade e consentimento sobre a utilização do seu material genético após seu falecimento por meio de um testamento ou instrumento particular incontestável. Desse modo já esclarece que a declaração assinada pelas partes no laboratório autorizando a utilização embriões é inadequada para autorizar o procedimento.

8 ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA POST MORTEM

O Direito Sucessório regulamenta as relações jurídicas que ocorrem após o falecimento do titular de um direito que então será substituído por outrem.

Desse modo, verifica-se que as relações jurídicas permanecem mesmo após o falecimento de uma pessoa. Sobre o assunto Juliane Fernandez Queiroz, nos ensina:

[...]Por isso, não se pode estabelecer ligação direta entre a morte da pessoa física, o término da sua personalidade e a extinção das relações jurídicas por ela realizadas[...]” (Queiroz, 2015, p. 233).

Assim, podemos estabelecer que a morte é o evento que marca o momento em que se inicia a sucessão de uma pessoa. O atual Código Civil prevê em seu artigo 1784, o seguinte “a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A partir do momento que fixou o início da sucessão, é imprescindível fixar quem são os sucessores, estes que podem ser fixados por testamento, pela própria ordem hereditária ou pela lei.

Nesse ponto, é importante destacar que o Direito Sucessório sofreu diversas transformações ao longo dos anos, mas mesmo assim, não podemos ignorar que ele ainda guarda uma relação exclusivamente patrimonial, como meio de impedir a difusão do patrimônio para além daquela comunidade familiar.

Logo após a individualização dos sucessores, temos ainda que analisar se estes possuem capacidade sucessória, ou seja, se tem aptidão para adquirir os bens, uma vez que ter capacidade civil, não significa possuir capacidade para suceder.

Ademais, é necessário que o sucessor preencha alguns requisitos, quais sejam: existir, estar vivo ou já concebido no momento da morte do sucedido, ter capacidade sucessória, não ser indigno.

Pelo nosso ordenamento jurídico, são capazes de herdar as pessoas nascidas, os nascituros e os ainda não concebidos, conforme previsto nos artigos 1798 e 1799 do Código Civil:

Art.1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art.1799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I-os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; [...](Brasil, 2002)

Para que possamos entender quem são os sucessores previstos no Código Civil, é necessário entender quem são as pessoas nascidas, concebidas e ainda não concebidas.

Em sua obra, Juliane Fernandez Queiroz nos explica cada uma das espécies de sucessores:

[...] Deve- se entender por pessoas nascidas aquelas que se tornaram autônomas em relação aos mecanismos da mãe que a sustentavam até o momento do parto. Ou seja, as que encontram aptas para realizar o processo respiratório por si mesmas. (Queiroz, 2015, p.236).

Além das pessoas nascidas, entra nesse rol também as já concebidas que segundo Queiroz são:

[...] basta a fusão dos dois gametas, masculino e feminino, acusando a presença dos cromossomos humanos, para se determinar o momento do início da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro [...] (Queiroz,2015,p.236)

Assim, podemos concluir que os nascituros, são os já concebidos, mas que ainda não nasceram, todavia, são tidos como se já existissem, podendo serem herdeiros. Somente não terão direito a herança se não nascerem com vida, pois não adquiriram personalidade, assim não seriam legítimos para suceder.

Sobre assunto ainda disserta Queiroz:

[...] ainda que não detenha personalidade, a capacidade sucessória é deferida ao nascituro como reserva de direitos futuros, tendo em vista a probabilidade de ocorrer o nascimento com vida. Caso o feto seja natimorto, não chega a adquirir personalidade, inexistindo vida autônoma. Também não se tornara sujeito de direito, fenecendo-lhe a condição para adquirir a herança ou o legado que a lei até então protegia[.] (Queiroz, 2015, p.237).

Também podemos enquadrar na categoria de sucessores já concebidos os embriões humanos provenientes de técnica de reprodução assistida, ou seja, aqueles já fecundados, que são portadores de cromossomos humanos, porém deixados em estado de criopreservação. Todavia, não devemos defini-los como nascituros, tendo em vista que estão em estado de desenvolvimento diverso.

O artigo 1597 do Código Civil, prevê a presunção de paternidade dos filhos havidos por reprodução humana assistida:

Art.1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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)

Temos uma exceção a capacidade de suceder que é conhecida como “exceção ao Princípio Geral da Capacidade Hereditária”, pois, também são considerados legítimos, na sucessão testamentária, para suceder os seres ainda não concebidos, a prole eventual de terceiros, ou seja, aqueles que ainda estão em planejamento, projeto, não existem de fato.

O nosso Código Civil também prevê sobre os seres ainda não concebidos no inciso III do artigo acima mencionado, que dispõe serem presumivelmente filhos do marido da mãe: “III-havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Assim, os seres gerados através da utilização do material genético do genitor, mesmo que após o falecimento deste, tem legitimação sucessória.

Diante do exposto, percebe-se que em momento algum se questiona sobre a origem da qual o ser foi concebido, se foi de maneira natural ou através de alguma técnica assistida, para incluir no rol de sucessores legítimos. Pois, se houvesse alguma discriminação em relação a origem da concepção do ser, estaria em afronta ao princípio da igualdade previsto em nossa Carta Magna.

Embora, haja a previsão de quem são os legítimos a suceder, a lei é muito escassa ao regulamentar como essa sucessão dos filhos advindos de reprodução humana assistida post mortem deve se dar e onde estes se encaixam e se configuram como herdeiros.

Assim, no próximo tópico iremos analisar a hipótese do falecido ter elaborado testamento e o caso de omissão dele acerca da forma de divisão dos seus bens, ou seja, sucessão legítima e explicar como podem ser beneficiados os filhos advindos de alguma técnica assistida após o falecimento de um dos genitores.

Todavia, quando estamos falando em sucessão legítima, não há previsão no ordenamento jurídico acerca dos efeitos sucessórios aplicáveis aos filhos advindos de reprodução humana assistida post mortem.

8.1 Sucessão Legítima

Não há dúvida que independentemente do momento em que o filho seja concebido, ele fará jus ao reconhecimento da sua filiação, uma vez que o direito à paternidade é imprescritível.

No que tange o direito sucessório, uma vez sendo filho, será incluído pelo artigo 1829, inciso I como um dos beneficiários da herança do seu pai ou de sua mãe, vejamos:

Art.1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I- Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (Brasil, 2002)

Porém, é necessário analisar por quanto tempo os demais herdeiros precisarão aguardar o eventual nascimento de um novo filho do de cujus.

O Código Civil não trata deste assunto de maneira específica, porém o prazo para se pleitear uma herança é de 10 anos, tendo em vista que é o prazo geral, previsto no artigo 205, quando não há outro prazo estipulado.

Assim, prevê o artigo 205:

Art.205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.(Brasil, 2002)

Esse novo filho advindo após a morte do de cujus, poderá ingressar com uma ação de petição de herança, ou seja, aquela que é proposta pelo herdeiro em busca de receber o seu quinhão hereditário, conforme dispõe o artigo 1.824 do Código Civil:

Art.1824.O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui(Brasil, 2002)

O Tema 1200 do STJ também dispõe sobre o assunto:

Tema 1200 - O prazo prescricional para propor ação de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, cuja fluência não é impedida, suspensa ou interrompida pelo ajuizamento da ação de reconhecimento de filiação, independentemente do seu trânsito em julgado (Brasil, 2024).

É de suma importância, ressaltar que o prazo prescricional não corre em relação ao menor absolutamente incapaz, portanto o prazo só começará a contar a partir dos 16 anos do filho post mortem, segundo disposto no artigo 198, I do Código Civil:

Art.198. Também não corre a prescrição:
I- contra os incapazes de que trata o artigo 3º. (BRASIL, 2002)

Ainda no que tange a contagem do prazo prescricional, há entendimento no sentido de que quando o possível herdeiro venha a depender de um reconhecimento judicial, para que seja declarada o reconhecimento da paternidade pós morte, a jurisprudência tem entendido que o termo inicial do decênio prescricional será o trânsito em julgado da ação prévia, ou seja, da ação que reconhecer a condição de herdeiro do pleiteante.

Assim, a petição de herança é uma ação proposta pelo herdeiro que não foi incluído no processo de inventário e partilha, não recebendo, por isso, a herança a que tinha direito. A ação em espécie é forma de proteção à qualidade de sucessor, tratando-se de ação fundamental para que um herdeiro não reconhecido possa ter direito a seus bens hereditários.

Vejamos um julgado sobre o assunto:

PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. DISCUSSÃO CONSISTENTE EM DEFINIR O TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PETIÇÃO DE HERANÇA, PROPOSTA POR FILHO CUJO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE TENHA OCORRIDO APÓS A MORTE DO PAI. 1. Delimitação da controvérsia: definir o termo inicial do prazo prescricional da petição de herança, proposta por filho cujo reconhecimento da paternidade tenha ocorrido após a morte do pai. 2. Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil (STJ - Recurso Especial nº 2.029.809-MG, 06/07/2023, Brasil, 2023)

No julgado acima, a parte necessitou de propor ação de investigação de paternidade para ter reconhecida a sua condição de filha natural, e, por conseguinte, de herdeira dos bens deixados pelo "de cujus".

Foi estabelecido que o prazo prescricional somente começa a correr com o reconhecimento da filiação, tendo em vista que apenas a partir desse momento é que o direito passou a poder ser exercido. Assim, no presente caso, o prazo prescricional da ação de petição de herança só começou a fluir a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade.

Sendo um dos entendimentos que tem sido adotado pelo c. Superior Tribunal de Justiça, em superação ao anterior entendimento que se inclinava a firmar como termo inicial do prazo prescricional da ação de petição de herança a data da abertura da sucessão, uma vez que, antes da formação judicial do vínculo de filiação, a filha ainda não reconhecida, por não desfrutar da condição de herdeira, não possuía sequer legitimidade para reivindicar em juízo os direitos hereditários advindos pela morte daquele que, apenas com o trânsito em julgado da investigatória, veio a ser declarado o seu genitor.

Aqui neste tópico foi abordado, a situação em que o filho de reprodução humana assistida post mortem nasceu, contudo o genitor falecido não deixou nada disciplinado sobre os direitos do filho que sobreviesse após sua morte e quais seriam os direitos inerentes a ele, na questão herança.

A seguir, analisaremos um outro posicionamento dos juristas sobre a questão sucessório do filho advindo de forma póstuma.

8.2 Sucessão Testamentária

Como explicamos anteriormente é possível a prole eventual ser herdeira de alguém, todavia essa prole prevista no Código Civil não diz respeito a prole do próprio de cujus e sim de um terceiro a quem o falecido desejou deixar uma parte de sua herança através de testamento.

Assim, surge o questionamento de como ficaria o direito de herança do filho nascido após a morte de seu genitor.

Nesse sentido há que se observar se o testador autorizou expressamente o uso de seu material genético após a sua morte. Em sendo positiva essa resposta, não há dúvida que o cônjuge sobrevivente poderá utilizá-lo.

A grande questão é saber quais serão os direitos sucessórios desse filho e por quanto tempo os demais herdeiros deveriam preservar o patrimônio para uma eventual partilha com aquele.

Tendo em vista a inexistência de normatização acerca do assunto, alguns juristas entendem ser possível a utilização por analogia do que dispõe o Código Civil acerca da prole eventual de terceiro.

A figura da prole eventual já existia desde o código de 1916 e perdura até hoje no código civil de 2002.

O legislador não exige que tenha ocorrido a concepção na abertura da sucessão, mas estabelece um lapso temporal para que isso aconteça. Então, é permitido que até dois anos após a morte do testador, a pessoa por ele designada, der a luz, se vier a nascer herdará os bens atribuídos por testamento.

A estipulação do prazo, se justifica para que os herdeiros já existentes no momento da sucessão não fiquem a mercê de sempre poder sobrevir outro sucessor e assim não conseguirem de fato repartir a legítima.

Então, quando o testador não deixar estipulado o lapso temporal para que possa sobrevir um possível herdeiro através da utilização de seu material genético, por analogia aplica-se o prazo de 2 anos previsto no artigo 1.800, §4º do Código Civil.

Queiroz, leciona sobre:

Na ausência de estipulação específica do testador que beneficie como herdeiro ou legatário o primeiro filho que nasça ou seja adotado, deve-se, necessariamente, esperar o final do prazo de dois anos definido pelo legislador, a fim de se distribuir a quota entre todos os eventuais herdeiros. (QUEIROZ, 2015, p.244)

Ademais, segundo o Artigo 1597 do Código Civil e entendimento formalizado pelo Enunciado 106 do I Jornada de Direito Civil pelo Conselho de Justiça Federal para que a paternidade seja presumida após o falecimento do marido é obrigatório que para a mulher poder se submeter as técnicas de reprodução humana assistida esteja viúva, além da autorização prévia do de cujus.

Importante ressaltar que o de cujus em seu testamento também deve manifestar juntamente com a autorização para que determinada pessoa utilize seu material genético a sua vontade no sentido de que o filho advindo após sua morte

também goze de capacidade para suceder. Ambas as manifestações guardam relação uma com a outra, não sendo possível realizar uma técnica assistida se uma dessas declarações não estiverem presentes no testamento.

Queiroz, explica sobre a questão:

O genitor deve também manifestar, no ato de disposição de última vontade, a determinação em oferecer a capacidade sucessória. Um ato está estritamente vinculado ao outro, ou seja, a autorização para a formação do embrião e a manifestação para configurá-lo como sucessor, diante da indicação do outro genitor, com a consequente capacidade para herdar. Essa estreita vinculação entre os atos não possibilita seu desmembramento, e é suficiente para a proibição da utilização do material genético após a morte do seu titular, caso esse não deixe o tema explícito em sua disposição testamentária formalizada.(QUEIROZ, 2015, p.250)

Mas até o momento em que nasça o filho advindo da reprodução humana assistida post mortem, os bens deixados ficarão sob a responsabilidade de um administrador ou curador, para que preserve e preste contas dos frutos e rendimentos conforme prevê o artigo 1800, §1º do Código Civil.

Art.1800 §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.1775.

O filho biológico que ainda estiver na iminência de nascer tem direito de receber os frutos e rendimentos dos bens deixados pelo seu genitor desde o falecimento desse e os demais herdeiros devem esperar o seu nascimento com vida, para que transfiram a titularidade, conforme disposto no artigo 1800, §3º do Código Civil.

Art.1800, §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.

E no caso de se passar os dois anos e se o material genético não for utilizado, o direito decairá e os bens reservados até o momento voltarão ao espólio para que sejam repartidos entre os herdeiros, caso o testador não tenha estipulado de maneira contrária.

Art.1800, §4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário, caberão aos herdeiros legítimos.

Essa foi a forma encontrada pela doutrina para estabelecer um prazo para a concessão do benefício da sucessão ao filho gerado post mortem.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, ficou nítido o assunto reprodução humana assistida post mortem carece de soluções jurídicas.

Uma vez que essas técnicas surgiram como alternativa para resolver a preocupação que existia acerca da continuidade da espécie humana, da genética e da família.

Assim, com o passar do tempo, foram estudados e criados métodos alternativos para alcançar a continuidade da procriação humana, em casos que por meios naturais não seria possível.

Percebemos que a preocupação era tamanha que rituais em animais eram feitos para tentar desenvolver a fertilidade, como não obtiveram sucesso, através da ciência e do seu avanço constante com a técnica da inseminação artificial.

Como se mostrou falha, a ciência desenvolveu outros métodos, como a FIV, a doação de embriões e gametas, a barriga de aluguel que podem ser realizadas por diversos procedimentos como por exemplo: heteróloga ou homóloga.

Mais tarde, com o avanço da ciência e muitas pesquisas científicas, foi desenvolvido a possibilidade de se realizar a criopreservação do material genético. Essa técnica trouxe aos casais a possibilidade da preservação do material genético para utilização futura e, assim surgiu a possibilidade da reprodução humana assistida póstuma.

A reprodução humana assistida post mortem consiste em utilizar o material genético criopreservado após a morte de uma das partes do casal, contudo, existe uma lacuna legislativa a respeito do tema, o que caba gerando diversos questionamentos e posicionamentos acerca da problemática.

Diante disso, o que tem servido como base para os casos que envolvam a reprodução póstuma, é a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/17, o Provimento 149/2023 do CNJ e as jurisprudências.

Como já explicado, para a realização da reprodução humana assistida post mortem é necessário do expresse consentimento do cujus para que seu material genético após sua morte.

Assim, é possível sobrevir um filho após a morte de um dos seus genitores através do uso da técnica de reprodução assistida, mas a grande questão que surge é sobre os direitos que cabem a esse filho.

Sem dúvida alguma, todos os direitos a paternidade lhe serão garantidos, mas na questão sucessória, no momento apenas nos utilizamos da analogia e necessitamos recorrer ao judiciário para solucionar certas questões.

As correntes doutrinárias entendem que se o genitor falecido não deixou nada além da autorização para utilização do material genético post mortem, na questão herança, deve-se utilizar a sucessão legítima e prazo prescricional utilizado é o previsto no artigo 205 do Código Civil, por analogia.

Já quando o de cujus tiver deixado testamento dispondo sobre seus bens, os juristas entendem que através de testamento é possível a utilização por analogia do que dispõe o Código Civil acerca da prole eventual de terceiro para o filho do de cujus que nasceu após sua morte. Pois, a prole eventual prevista no Código Civil não diz respeito a prole do próprio de cujus e sim de um terceiro a quem o falecido desejou deixar uma parte de sua herança através de testamento.

Assim, podemos concluir que inúmeros são os avanços na área da medicina, e na área da reprodução humana assistida post mortem não é diferente, de modo que essa evolução, acaba trazendo para o direito novas problemáticas, uma vez que tal prática afeta as relações previamente existentes em uma família, principalmente no que tange o direito sucessório.

Desse modo, o legislador, com base nos princípios e direitos existentes no nosso ordenamento jurídico, poderia criar uma lei específica para normatizar e regulamentar a técnica de reprodução humana assistida post mortem com enfoque na questão sucessória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. São Paulo, Atlas, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 26. set. 2024

BRASIL. Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/ CN/ CNJ – Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 27 mar. 2024.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL DE 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial nº 1.918.421 –SP. Recorrentes: F.Z e L.Z.N. Recorrido: S.B.D.E.S–H.S.L e T.D.A.C.R.Z. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1270115923>. Acesso em: 23 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial nº 2.029.809 – MG. Recorrentes: J.M.S, J.R.M.S, M.T.A.S.B, M.A.S, E.A.S, F.A.D, R.A.S.B, J.M.S, T.A.S.R, R.M e M.H.S.D. Recorrido: M.A.S. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202203082686> Acesso em: 23 mar. 2024.

CFM-Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.168 de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 23 mar. 2024.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. “ Princípio do Melhor Interesse da Criança: Construção Teórica e Aplicação Prática no Direito Brasileiro”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, Disponível em: https://aned.org.br/images/TrabalhosAcademicos/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil / Cristiano chaves de Farais, Nelson Rosenvald [livro eletrônico]. 9. ed. rev e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: volume 5: Famílias [livro eletrônico]. 8. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Maria Helena. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Editora Juruá, 2019.

MADALENO, Rolf. Direito de Família [livro eletrônico]. 10. ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PAGANINI, Juliano Marcondes. Reprodução Humana Assistida e o Estatuto Jurídico Filiação na Perspectiva Civil Constitucional. Dissertação de Mestrado Programa em Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR, 2011.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Reprodução Assistida Post Mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório. Curitiba: Ed. UFPR, 2015.

SANCHEZ, Julio Cesar. Direito de Família de A a Z: teoria e prática [livro eletrônico] Leme: Editora Mizuno, 2022.

SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STJ. Tema 1200. Definir o termo inicial do prazo prescricional da petição de herança proposta por filho cujo reconhecimento da paternidade tenha ocorrido após a morte. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1200&cod_tema_final=1200. Acesso em: 21. Out, 2024.