

1. Introdução: contextualização do tema

O presente Resumo traz uma comunicação de pesquisa em curso, para a elaboração de artigo científico produzido no âmbito do Programa de Pós-Graduação no Mestrado em Direito, pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campo Grande, MS, com a Orientação do Professor Dr. Vladimir Oliveira da Silveira. A escolha pelo tema foi feita tomando em consideração a abordagem que se pretende dar aos enfrentamentos propostos quanto ao concepturo, conceito, e nascituro pelo prisma dos Direitos Humanos.

Com os avanços da tecnologia e sua crescente acessibilidade, o tema ganha relevância pelo recente fenômeno da popularização das técnicas de reprodução humana. Com efeito, essa crescente procura pelos serviços de reprodução assistida tem ocorrido principalmente pela mudança de cultura quanto ao momento de gestação. As mulheres têm preferido esperar mais tempo para engravidar, dando preferência para a formação profissional e para a estabilidade financeira antes de empreender uma gravidez. Não só a idade foi afetada, mas também a crescente escolha pelos partos de cesariana, demonstrando que parece haver um melhor planejamento da mulher para uma maternidade programada. Em pesquisa recente do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, divulgou que 45,3% das mulheres grávidas tiveram parto normal e 54,7% fizeram cesariana, mais da metade delas (53,5%) agendadas com antecedência¹.

Quando se trabalha com dados, é muito importante entender o valor qualitativo além do quantitativo. Nesse sentido, quando se afirma que a procura pela reprodução assistida aumentou, devem-se considerar os dados estatísticos qualitativos.

No Brasil, há uma desigualdade de gênero, racial e geográfica marcante, por esta razão, os Estados mais pobres do Brasil são os que possuem uma taxa de gravidez entre mulheres jovens mais alta, e de reprodução humana mais baixa; os mais ricos, ao contrário, apresentam taxas de gravidez mais baixas em mulheres jovens e de reprodução humana mais altas. A maior taxa de fecundidade adolescente foi encontrada no Acre (97,8), e a menor, no Distrito Federal (38,6)².

¹ A Pesquisa Nacional de Saúde - PNS - visou a coletar informações sobre o desempenho do sistema nacional de saúde no que se refere ao acesso e uso dos serviços disponíveis e à continuidade dos cuidados, bem como sobre as condições de saúde da população, a vigilância de doenças crônicas não transmissíveis e os fatores de risco a elas associados. Disponível em: <http://www.asdfree.com/search/label/pesquisa%20nacional%20de%20saude%20%28pns%29>

² A diferença entre as Grandes Regiões brasileiras merece destaque: Sudeste e Sul possuíam em 2016 taxa de fecundidade adolescente de 45,4 e 45,6, respectivamente, enquanto Centro-Oeste e Nordeste de 55,6 e 64,9, respectivamente. Já na Região Norte, a taxa era de 85,1 nascimentos a cada 1 000 mulheres de 15 a 19 anos de idade. Informação com base em pesquisa feita junto ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, com a divulgação do estudo *Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil*. Informações

Entender o fenômeno crescente da reprodução humana no Brasil e seus aspectos jurídicos é muito importante, pois o Brasil já lidera o *ranking* latino-americano dos países que mais realizaram fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial e transferência de embriões³. Destaca o ginecologista Adelino Amaral, integrante da diretoria da REDLARA que:

Hoje, é cada vez mais frequente a realização de fertilização *in vitro* em mulheres mais maduras. É uma nova tendência entre aquelas que querem evitar obstáculos à sua permanência no mercado de trabalho: postergar esses tratamentos, deixando para engravidar mais tarde. Isso é uma realidade mundial, não só na América Latina.⁴

Dessa forma, estudar e entender as consequências jurídicas do fenômeno da reprodução humana é hodierno e essencial para se entender como os Direitos Humanos se relacionam com essa realidade científica.

1. Problemática da pesquisa: indicação de *hard cases* a serem enfrentados

Existem algumas problemáticas jurídicas que se destacam nesse cenário e que serão desenvolvidas no artigo. Apresenta-se uma problemática geral que pode, desde já, ser definida: analisar se haveria alguma incompatibilidade conceitual sobre os institutos jurídicos do concepturo, do concepto e do nascituro pela ciência e pelo Direito Interno e Internacional; e verificar em que medida esses institutos podem ser interpretados pelo prisma dos Direitos Humanos tomando em consideração seus efeitos jurídicos postergados no tempo.

Dentro desse contexto, serão apresentados alguns *hard cases* a partir de uma interpretação do § 4º, do Art. 1.800, do Código Civil, que diz que: “(...) 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.” (grifos nossos).

O Art. 1.800, transcrito acima, dispõe sobre a possibilidade do autor de um testamento deixar o legado para uma pessoa que ainda não nasceu, que é o concepturo. No testamento, o testador deve indicar e qualificar, para que não se tenha dúvida de sua identidade, a pessoa que deverá gerar o filho, e este será o futuro herdeiro desse legado. Pode o testador indicar tanto

atualizadas em 08.06.2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf

³ Os dados foram divulgados em 2019 pela Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDLARA), segundo a qual a explicação para esse protagonismo é que o Brasil, além de ser o mais populoso da região, detém mais centros de reprodução assistida, quase 40% do total.

⁴ Medicina AS. Brasil lidera ranking em reprodução assistida. 13/01/2020. Disponível em: <https://medicinasa.com.br/ranking-reproducao-assistida/>. Acessado aos 05 de maio de 2021.

homem, quanto mulher e, caso o testador tenha morrido sem que o filho dessa pessoa indicada tenha nascido, o §4º arbitra um prazo de 2 anos, a contar do falecimento do testador, para que essa pessoa indicada conceba o filho.

A doutrina unívoca e historicamente vem entendendo que o concepturo é o filho que não foi concebido, mas há esperança de vir a ser; portanto, aquele que será concebido no futuro, uma prole eventual (PONTES DE MIRANDA, 1983, pp. 178-180)

Pela letra fria da Lei, o prazo de 2 anos é para conceber, podendo o filho nascer depois dos 2 anos, desde que tenha sido concebido dentro do prazo. E, claro, se não se cumprir com esse requisito, o legado retorna ao monte mor.

Tomando essa norma como ponto de partida, apresentam-se os seguintes enfrentamentos relacionados à problemática:

- 1) A “concepção”, mencionada no §4º, também pode ocorrer por meio de procedimento de FIV- fertilização *in vitro*? E aí, o prazo de 2 anos a contar do falecimento do autor do legado seria para conceber também *in vitro*? Nesse caso, estando concebido por FIV dentro do prazo legal, o nascimento pode ser postergado no tempo? E ainda, sim, o nascido vivo teria direito ao legado?
- 2) Se a mulher ou o homem indicados pelo testador, não puderem gerar filhos, poderiam se utilizar de material genético de outrem? O uso de um óvulo ou espermatozoide de outrem desqualificaria sua condição de genitor para o cumprimento da condição estabelecida em legado, tendo em vista que aquele filho não é geneticamente ligado à pessoa indicada?
- 3) O legado deixado pelo testador nos caso do § 4º, presume hereditariedade genética?
- 4) Poderia haver uma cláusula de ressalva feita pelo testador do legado em testamento determinando que o legatário a ser concebido deveria ser filho biológico da pessoa indicada, ou essa determinação fere os Direitos Humanos Internos e Internacionais?
- 5) Em havendo uma disposição como a acima, de exigência de filiação biológica da pessoa indicada, o testamento, à luz dos Direitos Humanos Internos e Internacionais, teria eficácia jurídica para o legatário concebido com material genético de outrem?
- 6) Com relação aos efeitos do testamento, cabe indagar qual a importância de se definir com o máximo de rigor científico possível o evento do natimorto e do nascido vivo, mas obituado imediatamente após o parto.
- 7) A sucessão hereditária poderia ser estendida ao embrião criopreservado? O STJ, já há algum tempo, tem admitido o reconhecimento de direitos ao nascituro, porém haveria uma equiparação na aplicação desses direitos também ao embrião criopreservado?

8) Por fim, ainda sumariamente, parece não haver uma teoria no Brasil elaborada para o concepturo. A teoria reconhecida é a da concepção, que põe a salvo os direitos do nascituro a partir da concepção, com aplicação já reconhecida na jurisprudência do STJ a determinados casos.

2. Objetivos

Para enfrentar a problemática acima, primeiramente deve-se conceituar os institutos do concepturo, concepto e nascituro, verificando se existe compatibilidade entre seus significados científicos e jurídicos. Nessa tarefa, ainda serão analisados o instituto da prole eventual e da geração futura, bem como os conceitos dos materiais biológicos utilizados nos procedimentos de reprodução humana como zigoto, embrião, concepto e outros.

Em seguida, deve-se responder à problemática central e analisar os 8 casos apresentados como *hard cases* da problemática central, sempre à luz dos entendimentos já consagrados na jurisprudência; adota-se nesse exercício, uma exegese jurídica à luz dos Direitos Humanos, inclusive aqueles decorrentes do Direito Internacional.

3. Metodologia

De acordo com Mezzaroba e Monteiro, (2009, p. 51), para que a investigação alcance seus objetivos de forma científica, é necessário cumprir com algumas etapas, como: a definição da problemática e seus principais enfrentamentos, a análise dos elementos apresentados na problemática, com base na teoria, empirismo, doutrina e outras fontes, apresentação de sugestões e outras.

Na presente pesquisa, aplica-se o método científico tal qual concebido por Mario Bunge (*apud* MEZZAROBA, MONTERIO, 2009, p.51) com a aplicação de uma metodologia hipotético-dedutiva, posto que a problemática apresenta enfrentamentos de hipóteses, para se buscar uma resposta respaldada em fontes de pesquisa diversas, como a bibliográfica, estatística, documental e outras mais que possam contribuir para a correta solução dos enfrentamentos apresentados, sempre tendo como referencial teórico os Direitos Humanos Interno e Internacional

4. Revisão teórica: uma breve amostragem dos enfrentamentos conceituais

Não é difícil comprovar a importância de uma pesquisa tal qual se propõe para o artigo, quando se verifica que, mesmo alguns conceitos mais elementares são equivocadamente tratados pela doutrina.

Tomando como exemplo o conceito de concepturo, que está positivado objetivamente no Código Civil, Art. 1.800, §4º, como uma prole eventual, como aquele que ainda nem concebido foi, seguem 2 exemplos interessantes:

Um deles está no site da *wikipedia*, que apesar de não ser uma fonte jurídica confiável, é um repositório de alta publicidade: “Concepturo é o feto que ainda está para ser concebido.”⁵.

Concepturo não é um feto que será concebido. O concepturo é uma ficção jurídica, pois não existe no mundo real. Ele não é, como vem divulgando a doutrina, uma fase biológica da concepção humana que antecede ao feto.

Esta pesquisa adota o conceito de Caio Mário (2010, p. 27) sobre o concepturo. Assim, defende-se que a natureza jurídica do concepturo é de condição suspensiva de um direito sucessório testamentário. Como diz Caio Mário (2010, p.27): “Sendo um indivíduo que ainda não foi concebido, e sequer sendo certo que o será no futuro, ***o concepturo nada mais é que uma possibilidade, uma condição que pode ou não ocorrer.***” (grifos nossos).

O Art. 121, do CC, conceitua condição como: “(...) a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Não resta nenhuma dúvida que o concepturo surge em um testamento, por vontade do testador, e de fato é lavrado na Escritura de Testamento como uma cláusula especial que gerará eficácia se a condição ocorrer, portanto é condição futura e incerta.

Logo, uma pessoa que ainda não foi concebida, e sequer sendo certo que a será no futuro, o concepturo nada mais é que uma possibilidade, uma condição que pode ou não ocorrer.

Outro exemplo, que merece acolhida, vem de um renomado jurista que em seu livro diz que:

No entanto, observe-se que, para o indivíduo ter capacidade sucessória passiva, ou seja, para poder herdar, será necessário ter havido a concepção até o momento de abertura da sucessão, aguardando-se, a partir de então, o seu efetivo nascimento com vida para que os bens se incorporem à sua pessoa. (KÜMPEL, 2017, pp 110, 111)

Na verdade, a concepção pode ocorrer a qualquer momento depois de lavrado o testamento, ou seja, antes ou depois da morte do testador, que marca o momento exato da sucessão (*saisine*); mas, se o testador morrer antes da pessoa indicada ter concebido, esta pessoa terá um prazo de 2 anos, a contar da morte do testador, para conceber, ainda que o filho, então legatário, nasça depois dos 2 anos.

⁵ <https://pt.wikipedia.org/wiki/Concepturo>

Conclusão: resultados esperados pela pesquisa

Com esses dois exemplos, se procurou demonstrar a importância de se desenvolver uma pesquisa que estude esses institutos e que possa contribuir com uma visão que contemple os avanços da ciência e da tecnologia relacionados à reprodução humana e a sua afetação para os Direitos Humanos.

Desde já, presume-se viável, e isso deverá ser comprovado, que as interpretações sobre os *hard cases* envolvendo concepturo, concepto, embrião e nascituro devem ser fundadas nas normas de Direitos Humanos Interno, como as Leis protetivas já existentes e os princípios humanista amplamente reconhecidos, mas, também, pelo Direito Internacional, não só dos princípios decorrentes da *soft law*, mas sobretudo do *jus cogens* positivado nos tratados internacionais dos quais o Brasil já é signatários, em especial nas duas Declarações específicas sobre o tema da tutela sobre o material biológico humano e sua ética de procedimento.

Uma delas é a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, assinada pelo Brasil no âmbito da UNESCO – ONU. Esta Declaração tem natureza de Recomendação, ou de Carta de Intenções, e não se submete ao procedimento de internalização, já sendo aplicada, enquanto orientação, no Direito Interno brasileiro. Nesse sentido, visando a dar cumprimento interno às normas e princípios lá estabelecidos, o Presidente da República protocolou um Projeto de Lei, PL nº 6032/2005, que dispõe, dentre outras providências, sobre a criação do Conselho Nacional de Bioética – CNBioética⁶. Esta Declaração elenca princípios gerais de caráter universal, baseados em valores comuns, objetivando orientar os avanços científicos, o desenvolvimento tecnológico e a transformação social, servindo de guia aos Estados na elaboração de legislação políticas públicas. São princípios norteadores desta Declaração: dignidade e direitos humanos; autonomia e responsabilidade individual; consentimento; respeito da vulnerabilidade humana e da integridade pessoal; privacidade e confidencialidade; igualdade, justiça e equidade; não discriminação e não estigmatização; respeito da diversidade cultural e do pluralismo; solidariedade e cooperação; responsabilidade social e saúde; aproveitamento partilhado dos benefícios; proteção das futuras gerações (em particular de sua constituição genética); e proteção do meio-ambiente, da biosfera e da biodiversidade (BARBOSA, 2006).

Outra Declaração, é a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos da ONU, que também tem natureza de documento de intenção, e traz relevantes

⁶ Na presente data, maio de 2021, o PL 6032 ainda tramita no Congresso Nacional.

princípios de Direitos Humanos aplicados no manejo do material genético para reprodução humana.

Com esse respaldo teórico, acredita-se que os temas de enfrentamento terão uma exegese correta e poderão resultar em fonte de pesquisa para a construção de novos estudos pelo prisma dos recentes avanços da tecnologia aplicada à reprodução humana no mundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, S. A participação brasileira na construção da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. **Revista Brasileira de Bioética**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 423–436, 2006. DOI: 10.26512/rbb.v2i4.8011. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/8011>. Acesso em: 2 de maio de 2021.

KÜMPEL, Vitor Frederico et. al., *Tratado Notarial e Registral* vol. II, 1ª ed, São Paulo: YK Editora, 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das sucessões*. vol. VI, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.