UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDIARA FARIA PEREIRA

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

BARBACENA
2012

ANDIARA FARIA PEREIRA

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Esp. Cristina Prezoti

BARBACENA
2012

Andiara Faria Pereira

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Profª Esp. Cristina Prezoti
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Profª Me. Maria José Gorini da Fonseca
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

Profª Esp. Rosy Mara Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos- UNIPAC

RESUMO

Publicações de artigos científicos, monografias e teses doutrinárias visam esclarecer pontos bastante relevantes sobre a Repercussão da Reprodução Assistida *Post Mortem* e o Direito de Herança. As técnicas de reprodução assistida evoluíram gradativamente ao longo dos tempos, fazendo parte desse cenário as constantes evoluções tecnológicas. No contexto brasileiro a reprodução humana assistida é regulamentada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina de 1992, não existindo uma legislação reguladora ou fiscalizadora de referido assunto. Convém ressaltar que essas técnicas são referidas na Codificação Civil de 2002. São apresentados também os conflitos oriundos da formação do indivíduo que, desde o momento de sua geração, não possui um de seus genitores e deve ter seus direitos constitucionalmente assegurados. Destaca-se que a prole oriunda de reprodução assistida é chamada de eventual, configurando-se uma exceção à regra no Direito das Sucessões, segundo os princípios norteadores do mesmo. Por fim, conclui-se que a possibilidade de um infante vir a herdar os bens do pai falecido é a indicação testamentária deste.

Palavras – chave: Direito de família - Sucessão. Reprodução assistida *post mortem*. Bioética. Biodireito. Autorização judicial.

ABSTRACT

Publication of scientific articles, monographs and thesis sought to clarify doctrinal points quite relevant on the Impact of Assisted Reproduction and Post Mortem Right of Inheritance. The assisted reproduction techniques have evolved gradually over time as part of this scenario the constant technological developments. In the Brazilian context assisted human reproduction is regulated by Resolution of the Federal Council of Medicine of 1992, and there is no legislation or regulatory oversight of that subject. It is worth mentioning that these techniques are referred in Coding Civil 2002. It's also presented conflicts arising from the formation of the individual from the moment of his generation, does not have one of their parents and their rights should be constitutionally guaranteed. It is noteworthy that the offspring derived from assisted reproduction is called possible by setting up an exception to the rule in the Law of Succession, according to the same guiding principles. Finally, about the possibility of an infant come to inherit the property of the deceased parent's testamentary this indication.

Keywords: Family Law – Succession. Post mortem assisted reproduction. Bioethics. Biolaw. Judicial authorization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 13

2 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA 15
2.1 Bioética: o encontro da ética com a ciência 15

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA 17
3.1 Biodireito e a reprodução assistida 18

4 EFEITOS COLATERAIS DOS TRATAMENTOS QUIMIOTERAPICOS: INFERTILIDADE 21

5 REPRODUÇÃO ALÉM DA VIDA DE UM DOS PAIS: ORFANDADE PROGRAMADA 23

6 INTERESSE DA FAMÍLIA X AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO "*DE CUJUS*" X AUTORIZAÇÃO DO ESTADO 25
6.1 O dever do Estado frente à sua autorização 26

7 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO GERADO *POST MORTEM* 29

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM CONVITE À REFLEXÃO 33

REFERÊNCIAS 35

1 INTRODUÇÃO

A evolução da ciência, de certa forma, obriga a todas as áreas a acompanharem progressivamente cada transformação.

As crescentes pesquisas pela cura de doenças, como por exemplo, a cura do câncer, com todos os seus benefícios, resguardando sempre a preservação da vida humana, mesmo querendo atingir apenas vantagens, ainda não conseguem ser completamente proveitosas. Um exemplo de desvantagem no tratamento de câncer, por meio de quimioterapia, é que o paciente, após algumas sessões, corre sérios riscos de contrair a esterilidade. Em decorrência de situações como a acima apresentada, surge a necessidade de preservação de sêmens para que um dia, de acordo com a vontade daquele que preservou, possa ser fertilizado.

No mundo e até mesmo no Brasil, existem vários casais que passaram por essa situação, não conseguindo plena satisfação no tratamento dessa doença que atinge parte da população e ainda desestrutura diversas famílias. Em consequência surge o desejo de fertilização destes sêmens preservados, pelas famílias que perderam entes queridos.

Os Tribunais divergem quanto à possibilidade de inseminação artificial *post mortem* quando não há manifestação de vontade expressa ou disposição de última vontade do falecido que preservou sêmens, autorizando a fertilização.

Por meio de análise bibliográfica documental, em especial na Constituição da República Federativa do Brasil, no Código de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família e Sucessões, sempre observando publicações de artigos e material doutrinário, com intuito de verificar a aplicação dos conceitos e dispositivos legais à realidade fática dessas famílias que sentem a necessidade de terem juntos de si a procriação daquele que preservou sêmens e em vida não pôde ter esse filho.

2 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA

O direito à vida não surge a partir das transformações sofridas pela sociedade, a vida é pressuposto e requisito para o exercício dos direitos adquiridos e fundamentais.

Antes de tratar de bioética, biodireito e os limites da ciência, se faz necessário e imprescindível entender a impulsividade e a complexidade evolutiva da sociedade.

Nesse sentido, Rocha (2009, p.249) destaca três grandes feitos científicos:

> O primeiro é o Projeto Manhattan. Através dele os físicos descobriram e utilizaram a energia nuclear, produziram a bomba atômica que destruiu Hiroshima e Nagazaki em 1945, colocando fim à Segunda Guerra Mundial. A ciência descobriu o coração da matéria, o átomo. O segundo grande projeto foi o Projeto Apollo, que jogou o ser humano no coração do cosmos. A data símbolo é o primeiro passo do homem na Lua em 1969. A ciência possibilita que o ser humano comece a viajar interplanetariamente. O terceiro e mais recente, o Projeto Genoma, iniciou-se na década de 1990 e, em 26 de junho de 2000, foi anunciado o mapeamento do código genético humano. A ciência alcança, a partir de então o núcleo da célula humana e desvenda o DNA.

O ser humano é dotado de autonomia, sendo assim, é condição *sine qua non* que em cada evolução seja observado minimamente o respeito a cada progressividade. Neste contexto Dallari (1998, p. 231) informa que "[...] entre os valores inerentes à condição humana está a vida sem ela a pessoa humana não existe como tal, razão pela qual é de primordial importância para a humanidade o respeito à origem, à conservação e à extinção da vida".

2.1 Bioética: o encontro da ética com a ciência

A palavra bioética se origina de duas palavras gregas: *bios e éthos*, bios representa o conhecimento biológico, enquanto ética, representa o conhecimento dos valores humanos, segundo Hryniewicz; Sauwen (2008 *apud* TAVARES 2011, p.111*)* "ética é um conjunto de princípios ou regras avaliados com rigor e consciência crítica, a ética procura desenvolver uma rigorosa avaliação sobre o que é o bem e o que é o mal, preocupando-se em indicar quais os caminhos realiza o homem enquanto agente do bem".

Queiroz (2001, p.111) enfatiza que "bioética é o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar".

Por sua instabilidade e até mesmo criatividade, o homem muda suas visões e concepções de mundo constantemente, fazendo com que tudo aquilo que parecia sólido e

consistente se torne ultrapassado. Todavia, mesmo com tantas mudanças, o ser humano necessita manter vínculo direto com os valores e princípios ético-morais. Tal liberdade de criação em torno da evolução científica necessita regulamentação capaz de limitar as liberdades, os desejos e as ambições humanas. É preciso estabelecer uma ciência que proponha um diálogo entre os avanços científicos e os limites impostos pelos direitos fundamentais.

Segundo Vieira (1999, *apud* TAVARES 2011, p.117) “bioética é o conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnociências biomédicas tem provocado”.

3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal editou que deverão ser interpretadas como técnica de reprodução assistida, as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial”, e “inseminação artificial”. O CJF editou não mais do que seis Enunciados acerca desse tema tentando colocar em prática, de alguma forma, as previsões do Código Civil. Não obstante a ausência legislativa é necessário conceituar algumas expressões que apresentam relação com o presente trabalho.

As principais técnicas de reprodução assistida são: Inseminação artificial (homóloga, homóloga *post mortem* ou heteróloga) e a fecundação *in vitro*.

Nenhuma dessas variações devolve à mulher ou ao homem a capacidade natural de reprodução conceptiva, elas não tratam a infertilidade, mas apenas compensam, capacitando o indivíduo para a procriação.

A inseminação artificial não exige tantos recursos tecnológicos. Ela consiste em uma técnica artificial para obter a fecundação através da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem que tenha ocorrido o ato sexual. Sendo assim, a inseminação artificial homóloga utiliza o sêmen do marido para a fecundação. Seguindo a mesma linhagem, a inseminação artificial homóloga *post mortem* utiliza o material genético do marido para a fecundação, porém após a morte do genitor, sendo necessária autorização escrita do marido para que se utilize seu sêmen após sua morte, de acordo com o Enunciado 106 do CJF, ou ainda poderá ser realizado se autorizado judicialmente em casos que o marido não manifestou sua vontade inequívoca. A inseminação artificial heteróloga consiste em fecundar o espermatozoide ou o óvulo, ou até mesmo ambos, provenientes de terceiros que não aqueles que serão os pais socioafetivos da criança gerada.

A fecundação *in vitro* é um método caro e se trata de técnicas laboratoriais altamente complexas, utilizando-se de aparelhagem moderna e manuseadores plenamente capacitados. Muitas vezes chamada de “Bebê de proveta”, deve-se ao fato da fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorrer fora do corpo, ou seja, *in vitro*, os embriões resultantes são transferidos para o útero aproximadamente 72 horas após a captação de óvulos. A primeira criança concebida por meio desta técnica foi Louise Brown em 1978.

3.1 Biodireito e a reprodução assistida

O Direito à procriação envolve a decisão de planejamento familiar, alcançada exclusivamente pelo interesse e vontade do casal, não tendo ao Estado nenhuma interferência.

É necessário se ter em mente que se o Direito consiste na plena realização do ser humano, as normas e realidade social devem estar paralelas.

O Biodireito é o mais recente ramo do Direito, que estuda as normas reguladoras da conduta humana perante as novidades apresentadas pela medicina e exploradas pela biotecnologia, numa visão que engloba o resultado presente e futuro na preservação da dignidade humana.

A adequação da realidade social à jurídica, somente pode ser realizada com dispositivos garantidores dos direitos tutelados. Diante de tais conceitos, a relação jurídica estabelecida com o surgimento de vontade alheia, mesmo não sendo completamente regulamentada pelo ordenamento jurídico, deverá ser resguardada pelo direito a partir das normas constitucionais.

Tendo sempre em mente um dos princípios constitucionais, o da Dignidade da Vida Humana, a relevância da pesquisa científica está na modificação, no que diz respeito à aplicação da biotecnologia à vida.

A medicina, por meio de técnicas altamente evoluídas de reprodução humana artificial, traz métodos inovadores a fim de possibilitar o acesso livre ao planejamento familiar.

Como ressalta Mota (2012) faz-se necessário indagarmos até que ponto os cientistas brilhantemente vão chegar, porém de extrema importância também é necessário perceber aonde os juristas brasileiros já deveriam estar. [1]

Sendo assim, a proteção jurídica dada pelo Estado, amparada pelos pilares da bioética e do biodireito, deve estar delimitada, pois tão relevante tema da ordem civil e que, cada vez mais, faz parte do cotidiano das pessoas, não está disciplinado de forma detalhada no texto do Código civilista.

A inseminação artificial é um dos métodos artificiais mais usuais de reprodução humana, segundo Meirelles (2000, p.18) pode ser definido como “técnica científica consistente na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de

[1] http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/biodcomonovoramododirciv.htm.

uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado”.

Considerando as diversas possibilidades em matéria de reprodução assistida, desde a inseminação artificial heteróloga, a inseminação artificial homóloga, ou fertilização *in vitro*, é possível buscar a realização e a concretização do desejo de filiação. Todavia, existem envolvimentos éticos e riscos na utilização dos procedimentos das técnicas de reprodução artificial humana, bem como não há uma legislação específica que organize ou estabeleça critérios e responsabilidades pelos métodos empregados.

Em matéria de legislação pontual quanto às reproduções artificiais, o Brasil vive um vazio normativo. Atualmente conta-se com o amparo das resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Conforme dispõe Levy (2011) o vácuo legislativo existente no ordenamento jurídico pátrio acaba por gerar discussões antagônicas acerca da problemática que envolve a fecundação artificial. Não demorarão chegar às portas do Judiciário as lides que envolvam os mais diversos procedimentos de biotecnologia. Para Delfim (2011) o Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulamentada por lei específica, por opção do legislador.

As questões biotecnológicas, cada vez mais presentes na realidade jurídica, trazem inúmeras indagações ao Direito, o qual não consegue encontrar respostas prontas e acabadas para essas novas questões que clamam por tutela. Basicamente todo novo estudo necessita desvendar novos caminhos, a respeito da problemática criada sobre a biotecnologia e sua relação com as técnicas de reprodução humana assistida.

É necessário vislumbrar posicionamentos e garantir a efetividade dos princípios, agasalhando o sujeito pelo Direito. Deve o operador jurídico fazer um estudo sistemático e interdisciplinar dos princípios constitucionais e dos princípios da bioética quando, então, nascerão as respostas às novas transformações e anseios do século XXI.

4 EFEITOS COLATERAIS DOS TRATAMENTOS QUIMIOTERAPICOS: INFERTILIDADE

A ocorrência de câncer em nossa sociedade aumenta consideravelmente. Mesmo sendo uma doença muito grave, a taxa de sobrevivência, principalmente em crianças e adolescentes com câncer, tem crescido notavelmente nos últimos trinta anos como resultado dos tratamentos.

Conforme dispõe Dra. Amato (2011), especialista em infertilidade e reprodução humana:

> A taxa de sobrevivência aos cinco anos é de mais de 70% em crianças e adolescentes, cerca de 80% em leucemia linfoblástica aguda e mais de 90% em linfoma de Hodgkin. O câncer de mama, outro dos mais frequentes, atinge no Brasil aproximadamente uma de cada 10 mulheres, e dessas uma em cada 10 é diagnosticada em idade fértil.
> As mulheres sofrem com as consequências dos tratamentos do câncer. A radioterapia e a quimioterapia causam uma redução da função ovariana ou, até mesmo, sua anulação. De fato, estima-se que 42% das meninas ou mulheres jovens que recebem quimioterapia e/ou radioterapia tem algum desses problemas. Conservar a fertilidade das pacientes em que é diagnosticado um câncer deveria ser uma questão considerada no mesmo momento do diagnóstico.[2].

A quimioterapia pode causar infertilidade para ambos os sexos. No caso das mulheres, a quimioterapia diminui os hormônios que produzem os óvulos saudáveis nos ovários. Essa queda nos hormônios pode levar a uma menopausa antecipada e, consequentemente, levar o paciente a infertilidade.

Nos homens, a quimioterapia pode afetar as células dos espermas, impedindo que eles cresçam e se dividam rapidamente, consequentemente, reduzindo o número de espermatozóides. O paciente pode ou não se tornar infértil: tudo depende de qual tipo de quimioterapia será utilizada, qual a idade ou outros problemas de saúde.

Dr. Hallak (2012), urologista clínico, relata que:

> A infertilidade, muitas vezes de caráter permanente, parece ser o preço para o tratamento curativo contra o câncer, pois o comprometimento das células germinativas e da função hormonal, também responsável pela produção dos gametas (óvulo e espermatozóide) está relacionado, primeiramente, à própria neoplasia e, posteriormente, aos efeitos dos tratamentos apropriados.
> Mais de 90% dos pacientes do sexo masculino apresentam um quadro de azoospermia (ausência de espermatozóides no ejaculado) poucas semanas após o início da quimioterapia. Dependendo do tipo de tumor e do tipo de quimioterapia, as chances de voltar a produzir espermatozóides no ejaculado variam de 20 a 67%. No caso de câncer de testículo, por exemplo, 2/3 dos pacientes voltarão a ser férteis

[2] http://fertilidade.org/ser-mae-depois-do-cancer

após 2-3 anos do término do tratamento. Todavia, 1/3 dos pacientes permanecerão com esterilidade permanente.
Em mulheres, a esterilidade, quase sempre definitiva, vem adquirindo grande importância como efeito secundário da quimioterapia e irradiação abdominal.
Os efeitos esterilizantes dos tratamentos oncológicos podem resultar tanto em perda da função uterina normal como na destruição total ou parcial da reserva de óvulos existentes no ovário. [3]

[3] http://www.cito.med.br/?menu=artigos&idcat=8&idmenu=61&idartigos=551

5 REPRODUÇÃO ALÉM DA VIDA DE UM DOS PAIS: ORFANDADE PROGRAMADA

É inegável o benefício da ciência para a medicina reprodutiva oferecendo a casais inférteis a possibilidade de realizar o sonho de constituir uma família, existem inúmeras opções para ajudar estes casais, e atualmente com o surgimento de novas situações, essas devem ser bem assimiladas para seu uso adequado.

As técnicas de reprodução assistida adotadas há vários anos, mesmo realizando sonhos de centenas de milhares de indivíduos, ainda é alvo de questionamentos. O Vaticano, publicou em 1987, através de um documento denominado "Instrução sobre o respeito da vida humana nascente e a dignidade da procriação", demonstrando sua recusa em qualquer hipótese de fertilização *in vitro* e inseminação artificial heteróloga, e descreve também o Papa Bento XVI em sua publicação "You Cat", Catecismo Jovem (2011, p.230), sua opinião sobre:

> A inseminação homóloga (quando o sêmen provém do marido) faz da criança um produto de um procedimento técnico e não permite que ela surja da unidade amorosa num encontro sexual pessoal. Quando uma criança se torna um produto, coloca-se imediatamente a cínica questão da qualidade e da responsabilidade pelo produto.

O Conselho Federal de Medicina Brasileiro dispôs, em 1992, sobre técnicas reprodutivas, fazendo várias ponderações sobre o tema e o Direito como fenômeno social. Embora referido assunto esteja em pauta por mais de 20 anos, não existe ainda legislação regulamentando o assunto e permanece a problemática que envolve o tema.

A possibilidade de realização de inseminação artificial homóloga após a morte do doador do material genético deve ser avaliada levando-se em consideração princípios constitucionais basilares, o da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da absoluta igualdade entre os filhos, do livre planejamento familiar, entre outros.

A doutrina jurídica divide-se em correntes favoráveis e contrárias à temática. O ilustre Jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama rechaça a referida prática, por afrontar aos princípios do melhor interesse da criança, e se posiciona no sentido de que o princípio da paternidade responsável não poderia ser exercido face ao falecimento de um dos pais, não sendo possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral de um dos genitores.

Quando se trata de uma nova vida sendo gerada, observando-se a orfandade programada, deve-se lembrar de que a criança a todo o momento deve estar amparada seja nos seus direitos fundamentais, seja na sua realização psicológica frente à problemática de ser

constituída e desde o momento de sua concepção não contar com a presença afetiva de um dos seus genitores, sendo o mais usual até hoje no caso da falta do pai, levando-se em conta a dificuldade para ser realizado inseminação artificial homóloga utilizando-se “barriga de aluguel”, para concretizar o sonho e satisfazer uma vontade pessoal, sem levar em conta os conflitos neuropsicológicos que poderão ser enfrentados por este ser indefeso.

Eis aí um desafio proposto não somente ao Direito, mas também à Bioética na medida em que esta se propõe a refletir sobre questões cruciais atreladas ao nascimento e à finitude da existência humana no campo das ciências da vida.

6 INTERESSE DA FAMÍLIA X AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO "*DE CUJUS*" X AUTORIZAÇÃO DO ESTADO

A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de novembro de 1975, publicou a Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e em benefício da humanidade:

> Tomando nota de que o progresso científico e tecnológico converteu-se em um dos fatores mais importantes do desenvolvimento da sociedade humana, levando-se em consideração que o progresso científico e tecnológico, ao mesmo tempo em que cria possibilidades cada vez maiores de melhorar as condições de vida dos povos e das nações, pode em certos casos dar lugar a problemas sociais, assim como ameaçar os direitos humanos e as liberdades fundamentais do indivíduo. [...] Todos os Estados adotarão medidas, caso sejam necessárias, a fim de assegurar o cumprimento das leis que garantam os direitos e as liberdades humanas em condições de progresso científico e tecnológico.

As inovações científicas não podem ser utilizadas desregradamente de forma que seja utilizada apenas para a realização pessoal ou satisfação de um desejo.

Existe uma hierarquia de valores diretamente relacionada aos interesses humanos. Em defesa da integridade, encontra-se o direito à procriação, porém, o desejo de ter filhos não passa de um simples desejo, ou seja, não constitui uma necessidade. A Constituição protege a família, base da sociedade, e prevê o planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão. Acima desta liberdade deve ser tutelado o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, o Direito à Vida pressupõe uma existência digna, que a ordem jurídica deve assegurar.

Para Queiroz (2001, p.120/121), "não se pode conceber o desenvolvimento integral do ser humano sem uma saúde psicofísica, elemento que não pode ser dissociado em respeito à integridade pessoa".

Elevando a consciência de que o déficit sócio afetivo pela falta de um dos genitores merece defesa relevante, o princípio da paternidade responsável requer uma convivência familiar na integração da criança, priorizando o seu desenvolvimento. O direito que se tutela, diz respeito ao filho ser educado, instruído, mantido por aqueles que planejaram sua concepção, envolve o interesse da criança, o amor recíproco, o desenvolvimento sadio e de suprema importância à convivência diária.

Considerar apenas o código genético como critério de paternidade seria desconhecer a dimensão do vínculo biológico que envolve a função do genitor. O aspecto da paternidade não se limita meramente à concepção, é importante acompanhar o desenvolvimento, tomar para si responsabilidade na criação e manutenção desse sujeito humano indefeso, que merece desde o

seu nascimento a garantia e proteção excepcional. O ser humano não pode se tornar produto da ciência, a plena realização do indivíduo e a ordem normativa devem estar em consonância.

Aquele que preservou sêmens deve manifestar sua vontade, por escrito, no Termo de Consentimento Informado, a sua concordância em respeitar a decisão de seu cônjuge ou familiar em realizar procedimentos médicos para a concepção de seu filho mesmo vindo a ocorrer o seu óbito.

Aos 20 dias de junho de 2011, em Curitiba, nasceu Luiza Roberta, o bebê brasileiro concebido por reprodução assistida após a morte do pai. O contador Roberto Jefferson, descobriu em 2008 que estava com câncer enquanto o casal tentava engravidar. Como ele teria de fazer tratamento com radio e quimioterápicos - que tem o risco de 30% a 80% de deixar o paciente estéril - o casal decidiu preservar o sêmen dele.

Após, 07 meses de tratamento, Roberto Jefferson veio a falecer, mas não deixou a autorização para a inseminação depois de sua morte. Sua esposa Kátia Lenerneier, entrou na Justiça para conseguir realizar o procedimento e dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos e conseguiu liminar da 13ª. Vara Cível, em Curitiba.

A primeira tentativa para engravidar se deu, sem sucesso, pela técnica de inseminação artificial. O resultado não foi positivo em razão do baixo número de espermatozoides do marido. Depois, Kátia foi submetida a uma fertilização *in vitro*. Na segunda tentativa realizada por essa técnica, o resultado deu positivo.

Por se tratar de uma questão que envolve segredo de justiça, se torna difícil identificar em termos de estatística o número de casos, mas segundo advogados e desembargadores esta foi a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, em que foi necessária autorização do judiciário para se realizar técnicas de reprodução, tendo em vista que o "*de cujus*" não deixou por escrito sua concordância.

6.1 O dever do Estado frente à sua autorização

O Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito Civil - art. 1597, inciso III:

> Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Assim, há de estar expresso que o sêmen doado poderá ser utilizado para a técnica de reprodução artificial após o seu falecimento.

Desta sorte, sem a devida autorização expressa do marido, tal prática seria vedada, visto que não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Existem doutrinadores que acreditam que o sêmen deve ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem*.

Observando este entendimento, se tal prática viesse a se concretizar, sem a devida autorização expressa do marido, considerar-se-ia o sêmen do marido falecido como material proveniente de doador anônimo, não apresentando qualquer reflexo no direito de família ou no direito sucessório.

Todavia, em que pese a omissão legislativa, o direito terá que responder objetivamente frente às futuras demandas e à existência de um sujeito concebido através da técnica referenciada.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, conforme dispõe o Art. 226 da Constituição Federal:

> § 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.

Cumpre ao Estado, no exercício de sua função constitucional de zelar pela saúde, promover campanhas educativas de âmbito nacional, para que nós os vivos possamos fazer nossas escolhas. Sendo assim, a falta de legislação e o aumento dos casos de inseminação fazem aumentar a necessidade urgente de discussão, apresentação e aprovação de lei sobre o assunto, para que a lacuna da lei não persista.

Segundo Roquette (2006), o ato de consentimento deve ser: a) consciente, traduzindo-se em competência psíquica e também jurídica do ato ao qual se refere sua autorização; b) esclarecido, condicionando-se à devida compreensão da informação prestada sobre o procedimento em si e seus eventuais efeitos secundários; c) voluntário, pressupondo-se a total liberdade de fazer ou não fazer algo a qualquer tempo. [4]

Considerando-se o consentimento Estatal para a utilização das técnicas de reprodução assistida após a morte de um dos genitores, e observando-se a problemática social

[4] http://jus.com.br/revista/texto/8559

que envolve a família e a criança gerada soma-se a este elemento e serve de incentivo aos legisladores e à doutrina para que possam encontrar uma solução ética e não apenas legal para o mesmo.

7 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO GERADO *POST MORTEM*

Sucessor é aquele que vem depois de outro, é a pessoa que toma o lugar de outra pessoa, tanto por causa de ato entre vivos (*inter vivos*) ou por ato decorrente do falecimento de outro (*causa mortis*).

Os sucessores, para o Código Civil de 2002, são classificados em:

> a) herdeiros legítimos que são aqueles que recebem herança em razão da sucessão legítima, a título universal.
> b) herdeiros testamentários que são aqueles que recebem a herança em razão da sucessão testamentária, a título universal.
> c) legatários que são os favorecidos por um legado, coisa certa e determinada prevista em disposição de última vontade, ou seja, recebem bens em razão da sucessão testamentária, a título singular.

No exato momento da morte, a herança é transmitida aos herdeiros sem maiores formalidades, os quais passam a ser proprietários da herança, regra esta estabelecida no art. 1.784 do CC[5].

Podem suceder, recebendo herança ou legado, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1.798 do CC), obedecendo-se à lei em vigor no momento do óbito do autor da herança (art. 1.787 do CC).

Em relação à sucessão testamentária, há regras específicas determinando que os filhos, ainda não concebidos no momento do testamento (prole eventual - exceção contemplada no direito sucessório, sendo que, uma das hipóteses é a prole oriunda da reprodução assistida *post mortem*, técnica), desde que vivos no momento da morte do testador ou concebidos no prazo de dois anos da abertura da sucessão, podem receber a herança ou legado.

A atribuição da personalidade desde a concepção garantiria ao nascituro, além dos seus direitos próprios (direito à vida, uma gestação saudável, alimentos gravídicos, etc.), também a expectativa de outros, como os patrimoniais, que são condicionados ao nascimento com vida.

Surge um problema de ordem prática para efetivação do direito.

Até quando seria possível esperar a implantação uterina e eventual nascimento de um embrião, para o desenrolar dos procedimentos que antecedem a partilha dos bens do genitor ora falecido?

---

[5] Art. 1.784 do CC: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A atribuição de direitos sucessórios à prole eventual é um ponto muito discutido na doutrina, pois as dissonâncias entre o artigo 1.798 e 1.799, I, do Código Civil de 2002, fazem com que muitos autores interpretem de maneiras diferentes essa questão.

Desse modo, enquanto um atribui a legitimidade para suceder apenas às pessoas nascidas ou já concebidas (art. 1.798), o outro possibilita aos filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testamento- desde que vivas essas ao abrir-se a sucessão- a possibilidade de suceder (art. 1799, I). Além disso, o artigo 1.597, III aduz que se presumem filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Quanto aos direitos sucessórios da prole eventual, determinou-se, frente aos princípios sucessórios e ao direito comparado, que a possibilidade a qual um indivíduo gerado dessa maneira tem de herdar é a indicação em testamento de quem deva ser sua progenitora.

Nascendo com vida, o infante toma, então, posse de sua condição de herdeiro. Enfim, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não haveria como discriminar um filho pelo simples fato dele não ter sido gerado da maneira tradicional. Afinal, isso violaria o direito de igualdade de filiação, previsto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

A Constituição Federal, em seu art.227, §6º reza que "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". Em análise a esse dispositivo constitucional observamos a consagração do Princípio da Igualdade entre Filhos. Questão importante surge quando nos deparamos com o art.1798 do Código Civil, que garante direito sucessórios às "pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Desta forma, filhos de inseminação *post mortem* não seriam herdeiros para o Direito Positivo, contrariando frontalmente ao previsto na nossa Carta Magna, qual seja, Princípio da Igualdade entre Filhos.

O art.1799 do Código Civil, como forma de reduzir o efeito nocivo do artigo acima citado, assegura os direitos sucessórios da criança concebida por inseminação *post mortem*, propondo que a mesma pode vir a suceder desde que tenha sido indicada em testamento pelo *de cujus*.

Analisando referidos dispositivos, observa-se que, o nascituro, já concebido ao tempo da sucessão, tem legitimidade para ser herdeiro testamentário ou legítimo.

Quanto ao concepturo (prole eventual), só terá legitimidade para ser herdeiro testamentário, pois para adquirir herança o herdeiro legítimo deve existir no momento da abertura da sucessão, tendo sido ao menos concebido, para que a herança lhe seja transmitida. Referidos dispositivos criam entendimentos divergentes na medida em que diferenciam os filhos havidos por inseminação *post mortem* dos demais, uma vez que exclui da sucessão essa prole eventual se o *de cujus* não garantir expressamente, por meio de testamento, os direitos sucessórios da criança concebida *post mortem*.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM CONVITE À REFLEXÃO

A presente pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim de levantar as questões sobre as atuais técnicas de reprodução assistida e sua legislação vigente.

O destaque do trabalho é a gestação que ocorre após o falecimento do genitor, uma vez que referida gravidez decorre de inseminação artificial *post mortem* e as consequências que gera para o direito sucessório.

Diante desse contexto, vê-se claramente o quanto a reprodução assistida *post mortem* é extremamente polêmica.

Contudo, em função das técnicas de reprodução assistida terem evoluído com o passar dos anos, estando cada vez mais difundidas no Brasil, foi de extrema relevância o instituto da bioética e do biodireito para proporcionar uma espécie de "segurança" às pessoas submetidas a esses tratamentos. Afinal, nesse país, não há uma legislação reguladora ou fiscalizadora específica sobre reprodução humana assistida.

A falta de regulamentação específica sobre o assunto provoca discussões e divergências doutrinárias. A maior parte da doutrina afirma que não deve haver direitos sucessórios para os concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, pois o art. 1.798 do Código Civil afirma que só estão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão e no caso da inseminação *post mortem*, o sêmen do *de cujus* é fertilizado após a sua morte. Já outra parte da doutrina entende que pode haver direitos sucessórios com fundamento no princípio da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e no direito à sucessão que frente ao princípio da segurança jurídica dos demais herdeiros, devem prevalecer. Tendo em vista que o CC já determina expressamente que o concebido por inseminação *post mortem* será filho do pai pré- morto (art. 1.597, inciso III, do CC) e uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos não podendo haver cisão de direitos na mesma regra jurídica, reconhecendo a presunção de filiação e excluindo o direito sucessório, deverão ser garantidos os direitos sucessórios para os concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, pois ao fazer uma ponderação de princípios o valor dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre o valor segurança jurídica.

Por seu turno, sendo sucessor do falecido, o concebido deverá concorrer no mesmo nível de igualdade com os demais herdeiros, ou seja, terá direito à sucessão legítima, até porque não poderá haver distinção entre os filhos. A corrente doutrinária, no entanto, que entende ser possível o concebido ser sucessor do *de cujus*, acredita que o mesmo deverá ter

direito à sucessão testamentária, com fundamento no art. 1.799, inciso I, do CC que afirma que na sucessão testamentária podem suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Ressalte-se, também, por oportuno, que na falta da existência de um lapso temporal para o nascimento das pessoas concebidas por inseminação artificial homóloga *post mortem*, poderá ser aplicado, por analogia, o art. 1800, parágrafo 4º, do CC, que estabelece o prazo de dois anos da abertura da sucessão para a concepção do herdeiro, uma vez que não seria coerente os demais herdeiros do falecido esperarem indefinidamente o nascimento de outros herdeiros, até porque o patrimônio do *de cujus* necessitaria ser partilhado. Assim, conclui-se que se não há legislação específica no Direito Brasileiro quanto às técnicas de reprodução humana medicamente assistidas, por consequência também não há legislação no tocante aos direitos sucessórios da inseminação artificial homóloga *post mortem*, devendo a Constituição Federal juntamente com os princípios serem o alicerce para se resolver possíveis questões relacionadas aos direitos individuais e coletivos quanto às técnicas medicamente assistidas, até porque a LICC em seu artigo 4º, é expressa ao determinar que quando a lei foi omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Assim, nenhuma técnica que vá de encontro à dignidade da pessoa humana, à liberdade ou à igualdade, deverá ser realizada.

Ao final do presente trabalho, constata-se que o Direito Civil, no âmbito do direito de família e direito das sucessões, diante da evolução da biomedicina e desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, vem sendo alvo de diversos questionamentos doutrinários. O surgimento e crescente utilização das técnicas de reprodução assistida levantaram questões polêmicas sobre filiação e direito sucessório, que permanecem sem solução determinada. Nesse contexto, a falta de adaptação da lei às novas realidades sociais gera dúvidas e debates intermináveis gerando discrepância nas decisões dos julgadores e insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Leis, decretos, etc. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Civil**. São Paulo: Riedel, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos**: a vida como valor ético. Iniciação à bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. 231 p.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações Jurídicas Decorrentes da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. **Revista Síntese Direito de Família,** São Paulo, n.65, v.13, abr./maio 2011 , p.7-20

FURUTA, Rina Mári. **Liminar autoriza reprodução *post mortem***. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>. Acesso em: 08 nov. 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação e o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação Artificial *Post Mortem* e a Reflexão Constitucional. **Revista Síntese Direito de Família,** São Paulo, n.65, v.13, abr./maio 2011. p. 21-43.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.18.

MOTA, Sílvia. **O biodireito como novo ramo do direito**. Disponível em:<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/artigosbiobio/biodcomonovoramododirciv.htm>. Acesso em: 07 jul. 2012.

ROCHA, Renata da. Os desafios do século XXI e o biodireito: utilitarismo ou valores? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 68, jul./set. 2009. p. 246-257.

ROQUETTE, Marcelo. Da vulnerabilidade do corpo humano "*post mortem*" sob o prisma do Biodireito e da Bioética. **Jus Navigandi**, Teresina, v.11, n. 1089, 25 jun. 2006 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8559>. Acesso em: 13 nov. 2012.

QUEIRÓZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Lívia Rosa. Bioética e Biodireito. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, n.66, v.13, jun./jul.2011. p. 110-140.