

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM PELA OTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Déborah Cristiane Domingues de Brito¹
Fernando Alberto de Jesus Lisciotta Facioni²
Antonieta Galhardi³
Emily Medeiros Nascimento⁴

RESUMO

A impossibilidade de reprodução humana ainda é considerado um tabu em nossa sociedade. Trata-se de uma problemática que tem sido muito discutida em diversas áreas de conhecimento. A infertilidade, além de ensejar muitas crises conjugais e preconceitos sociais motivou inúmeras discussões quanto às possibilidades de se resolvê-la. Com o desenvolvimento de pesquisas cada vez mais modernas, visando um aprofundamento do conhecimento científico tem-se buscado a solução para os problemas de infertilidade. O presente artigo visa estudar a questão da inseminação *post mortem* (pós morte), que trata-se da possibilidade de utilizar a fertilização *in vitro* de gametas da pessoa morta, que tenha deixado em vida, sêmen ou óvulo congelado para esta finalidade, mas que não chegou a utilizá-la. A questão primordial da inseminação *post mortem* refere-se aos efeitos sucessórios que esta nova vida vai trazer para o nosso ordenamento jurídico, não preparado para esta situação.

Palavras-chave: Reprodução Medicamente Assistida. Fecundação *post mortem*. Direito Sucessório. Necessidade de Regulamentação.

¹ Docente do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

² Discente do 6º período do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

³ Discente do 6º período do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

⁴ Discente do 6º período do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

Diante das relações jurídicas criadas a partir do desenvolvimento de técnicas científicas que buscam solucionar os problemas de infertilidade criou-se uma certa instabilidade jurídica, principalmente no que concerne à fecundação *post mortem*, pois não há até o presente momento a regulamentação para esta nova realidade fática.

O objetivo deste trabalho é, pois, construir um raciocínio acerca da necessidade da regulamentação desse tipo de relação jurídica partindo-se de uma interpretação principiológica, utilizando como subsídio os preceitos constitucionais e princípios gerais de direito.

Far-se-á, também uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, considerando às disposições legais de Direito de Família e Sucessório, além da interpretação comparada do Direito.

1. DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA: CONCEITO E PARTICULARIDADES

A família enquanto célula fundamental da sociedade e das relações humanas é composta por diversos enigmas e fatores que apesar de serem compreendidos isoladamente se interagem e se integram, tendo como uma de suas principais conseqüências à procriação.

A reprodução humana, além esplêndido instinto natural e instrução mandamental divina[1], é problemática que ultimamente tem sido muito discutida nas diversas áreas de conhecimento. A infertilidade além de ensejar muitas crises conjugais e preconceitos sociais, motivou bastante essas discussões.

Como frisa Waldemar Naves do Amaral:

Os números do Censo apontam que a taxa de fecundidade brasileira diminuiu drasticamente desde os anos 40 e 50, quando a média de filhos por mulher era de 6,2. Em 1960 subiu para 6,3, com quedas em 1970 para 5,8 e

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A FERTILIZAÇÃO POST MÓRTEM PELA ÓTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

4,4 em 1980. Na década de 90 o número passou para 2,9, chegando a 2,3 no ano 2000. (2009, p. 106-107). Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, entre 8% a 15% dos casais têm algum problema de infertilidade durante sua vida fértil, definida como a ausência de gravidez após 12 meses de relações sexuais regulares, sem uso de contracepção. (2009, p. 114)

A reprodução medicamente assistida trata-se de um conjunto de técnicas que buscam facilitar a fecundação, implantando artificialmente espermatozóides ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras. As técnicas de reprodução assistida se resumem, basicamente, em duas modalidades: a primeira denominada inseminação artificial *in vitro* trata-se daquela em que o espermatozóide é introduzido através de uma sonda no aparelho reprodutor feminino. Já a segunda é a chamada fertilização *in vitro*, onde ocorre a fecundação em laboratório, sendo juntado o espermatozóide ao óvulo em um tubo de proveta (razão da expressão bebê de proveta), transplantando-se depois o(s) embrião (embriões) no útero da futura mãe.

A reprodução assistida pode ainda ser homóloga ou heteróloga, considerando a origem dos gametas. É homóloga quando o material genético pertence ao casal interessado e utilizada quando este casal possui fertilidade, mas não obtém a fecundação através do ato sexual. Já a heteróloga ocorre quando o espermatozóide ou óvulo utilizado provier de um doador estranho ao casal. Esta é utilizada quando o casal não consegue colher o seu próprio material para realizar a fertilização.

Na Idade Média tem-se os primeiros relatos de inseminação artificial bem sucedida em humanos, feita pelo médico Arnaud de Villeneuve. Antes disto, havia experiências nesta área somente em animais. Ressalta-se que em junho de 1.978 nasceu a primeira criança de proveta, concebida através da fertilização *in vitro*.

No Brasil, a tecnologia estava disponível desde os anos 80, contudo somente em 1.992, foi elaborado pelo Conselho Federal de Medicina uma norma para regulamentar a reprodução assistida. Em 11 de novembro daquele ano, foi editada a Resolução 1.358/92, que estabelecia os critérios a serem observados, dentre eles, o limite máximo de quatro embriões a serem

implantados na fertilização artificial; a proibição da escolha do sexo do bebê, excepcionalmente permitida nos casos de doenças hereditárias; a obrigatoriedade do consentimento para os procedimentos dos pacientes e de doação de gametas, garantido o anonimato dos doadores; além da proibição da vinculação comercial ou lucrativa, em caso de gestação de substituição (casos usualmente conhecidos como “barrigas de aluguel”).

2. DA FERTILIZAÇÃO *POST MORTEM*

A fertilização *post mortem*, ultimamente tem sido a questão mais polêmica em se tratando de reprodução humana assistida, pois alguns casos vem sendo expostos na mídia, e por tal motivo, vem trazendo uma verdadeira comoção social, pois aquele material genético deixado em vida por uma pessoa casada ou não, pode este material ser utilizado após a sua morte?

Este assunto é muito polêmico e gera conseqüências em vários ramos do direito, dentre eles o Direito Constitucional, o Direito de Família, o Direito Sucessório, além do próprio direito de personalidade desta criança.

2.1. A fertilização *post mortem* no direito comparado

Por se tratar de um assunto muito delicado ainda não há muita disseminação na matéria no direito comparado.

No direito alemão e sueco é vedada a fertilização artificial *post mortem*, sendo o direito francês também partidário dessa vedação, estabelecendo ainda que o consentimento externado para os métodos de reprodução assistida, externado em vida, é ineficaz quando da morte daquele que consentiu.

Já a Espanha também veda a inseminação artificial após a morte do titular do material biológico, mas garante direitos ao nascituro, quando contiver declaração por escritura pública ou testamento. Na Inglaterra é permitida a fecundação *post mortem*, sem efeito sucessório, exceto se houver disposição expressa em documento.

3. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS À POSSIBILIDADE DE FERTILIZAÇÃO POST MORTEM

3.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme versa a Constituição Federal em seu art. 1º, III e deve ser considerada em toda e qualquer relação humana e jurídica. É um direito assegurado a todos, tendo como escopo a garantia às pessoas do bem estar e do necessário para uma qualidade de vida decente.

Garante finalisticamente o direito à vida, pois o homem sem dignidade não tem gosto pela vida, é como tivesse perdido sua vontade de viver, seu valor. [2]

Sendo os embriões pertencentes à mesma natureza de pessoas humanas que já nasceram, não se pode destituí-los da dignidade, e quaisquer atitudes que venham atingir negativamente um ser humano, ainda que não nascido, mas que goza da mesma proteção dos que nasceram, consiste em manifesta lesão à Constituição.

3.2. Princípio do melhor interesse da criança

Foi ratificada no Brasil, através do Decreto 99.710/90 a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de Novembro de 1.989 na Assembléia Geral das Nações Unidas. Em seu art. 3.1 a Convenção estabelece que todas *“as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”*.

Ficou, portanto, incorporado no nosso ordenamento jurídico, em caráter definitivo, o princípio do melhor interesse da criança, que busca a solução de conflitos que envolvam crianças.

Não obstante a esse princípio, em todas as relações jurídicas que envolva o interesse de crianças deve-se observar os preceitos constitucionais

constantes nos arts. 5º e 227 da Constituição Federal e a Lei 8.069 de 13 de Julho de 1.990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dispositivos que preceituam os direitos fundamentais da Criança e promovem a proteção devida a eles.

3.3. Princípio da isonomia e a igualdade entre filhos

A igualdade é um princípio fundamental constitucional, norteador de todas as relações interpessoais, estabelecido pelo texto constitucional em seu preâmbulo, implicitamente no art. 3º, IV, e também no art. 5º, *caput.*, sendo que isonomia significa igualar as pessoas na igualdade e desigualdade.[3]

Assim, versa o princípio que quando da elaboração da norma, o legislador deve considerar todas as diferenças existentes na sociedade, devendo, contudo, assegurar todos os direitos fundamentais da pessoa humana previstos na Constituição e também nas demais leis de nosso ordenamento jurídico.

Como observa Gabriella Bresciani Rigo, ao citar o entendimento de Cristiane Beuren Vasconcelos:

O embrião é, pois – em virtude do princípio da igualdade, fundado no respeito à vida e à sua dignidade -, pessoa humana e, como tal, merece proteção de forma absoluta e irrestrita contra qualquer desrespeito à sua identidade e integridade, incidindo sobre ele e oponível *erga omnes* o mandamento constitucional da igualdade. (VASCONSCÉLOS, 2006, p. 116 *apud* RIGO).

Além de versar sobre a isonomia, a Constituição em seu art. 227, § 6º, destaca a igualdade entre os filhos, proibindo designações discriminatórias relativas à filiação. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 20 e o Código Civil (Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2.002), também aderiram ao dispositivo.

Assim, resta evidente que do mesmo jeito que não se pode diferenciar os filhos conjugais dos extraconjugais, não se pode diferenciar aqueles que nasceram antes e aqueles que nasceram depois da morte do genitor.

4. PRESUNÇÃO DA PATERNIDADE

A possibilidade de fecundação *post mortem* decorre das modernas técnicas de reprodução assistida, que permitem a criopreservação de gametas ou pré-embriões para eventual utilização.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002, acrescentou três incisos ao artigo 1.597, quais sejam:

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;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido

Embora tenha havido uma certa preocupação dos legisladores em tutelar a inseminação, não se tem dúvida que houve uma omissão, pois não há autorização, nem regulamentação da reprodução assistida *post mortem*, constatando-se aqui a novidade do tema. Segundo o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, o Código Civil de 2002 se mostra omissivo, pois “*não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.*” (2005, p. 256).

A fim de delimitar a utilização das técnicas de reprodução artificial após o falecimento do marido ou companheiro, estabelece o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.358/92, que “os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.”

Do mesmo modo, o Enunciado nº 106 do Conselho de Justiça Federal institui que “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, evita-se que a viúva utilize indevidamente o sêmen, como, por exemplo, em detrimento de determinado herdeiro necessário.

Todavia, mesmo existindo alguns Enunciados neste sentido, não há disposição dos efeitos sucessórios dessa reprodução, pois com a possibilidade de a mulher utilizar o sêmen do marido falecido, se o filho que não era sequer concebido no momento da abertura da sucessão, como ele poderá herdar os bens do falecido. Mas em contrapartida ele também é herdeiro e não poderá ser preterido.

Não resta dúvida que trata-se de uma questão muito polêmica.

5. FILIAÇÃO E O DIREITO SUCESSÓRIO

Quanto à filiação, em relação à inseminação artificial *post mortem*, não há discussão, já que o material genético fornecido provém do próprio casal interessado no projeto parental; sendo assegurado, no inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil de 2.002, a filiação da criança, gerada, independente de quando ocorrer o nascimento – apesar da omissão do texto legal.

No campo sucessório surgem controvérsias em relação ao tema abordado, questionando-se a capacidade sucessória da criança nascida no caso de inseminação póstuma, já que a criança será concebida após a morte do pai.

Dada a carência de regulamentação, ocorre conflito entre a determinação da presunção de paternidade dos filhos concebidos a qualquer tempo, e da norma que prevê que a abertura da sucessão se dá com a morte, quando os direitos e deveres são transmitidos aos herdeiros, os quais já devem estar nascidos ou concebidos, segundo o disposto no artigo 1.798 do Código

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM PELA ÓTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Civil, que assim preceitua: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

O legislador ao elaborar o artigo supra mencionado, não cogitou os avanços científicos aplicados à reprodução humana, apenas reproduziu o artigo 1.718 do Código Civil de 1916, não trazendo previsão do futuro filho não ter nascido ou sequer ter sido concebido no momento da abertura da sucessão. Certamente em 1916 isto era algo inconcebível, sequer pensado, mas em 2002 já se sabia dos avanços da ciência quanto às possibilidades de inseminações *post mortem*.

Segundo o artigo 1.787 do Código Civil, a transmissão da herança se dá no exato instante da morte, adquirindo os herdeiros, legítimos ou testamentários, automaticamente, a propriedade e a posse dos bens que compõem o acervo hereditário, desde que tenham capacidade para suceder. Logo, não basta a simples invocação do direito legítimo ou testamentário, é preciso ter legitimação sucessória. Sendo assim, a incapacidade sucessória é impedimento legal para adir à herança.

A aptidão para receber a herança deixada pelo *de cuius* é a do tempo da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte, e, para apurá-la é preciso observar determinados pressupostos que são: morte do autor da herança; sobrevivência do sucessor; herdeiro pertencente à espécie humana; herdeiro legítimo ou testamentário.

A grande questão controvertida acerca da fertilização artificial homóloga *post mortem* trata-se da capacidade sucessória da criança concebida nesta técnica de reprodução assistida, já que a herança se transmite no instante da morte do autor da herança.

Assim sendo, o embrião nunca poderá herdar, pois não tem capacidade sucessória para tanto. A permissão da reprodução *post mortem* gera insegurança jurídica aos herdeiros existentes ao tempo da sucessão que, poderão ter seu direito a sucessão cerceado, em virtude de eventual possibilidade de nascimento de outro herdeiro.

No entanto, se é permitida a inseminação póstuma no Brasil, eles devem tutelar possíveis conseqüências sucessórias, pois se assim não for, não se poderá mais aceitar a inseminação *post mortem*.

*Déborah Cristiane Domingues de Brito
Fernando Alberto de Jesus Lisciotto Facioni
Antonietta Galhardi
Emily Medeiros Nascimento*

Uma possível solução plausível para que este filho não fique desamparado, diz respeito à possibilidade de valer da ação de petição de herança, conforme o artigo 1.824 do Código Civil, no prazo prescricional de 10 anos a contar da abertura da sucessão, segundo o artigo 205 do Código Civil.

Essa hipótese garante direitos sucessórios, mas de certa forma obriga a viúva, caso essa queira que o seu filho tenha direito à herança do *de cuius*, a se submeter à inseminação antes do prazo de 10 (dez) anos a contar da morte do marido ou companheiro. Mas se, por exemplo, o marido/companheiro falece e deixa uma esposa/companheira de 22 (vinte e dois) anos e essa só quer ter filho após os 35 (trinta e cinco) anos de idade, poderá ela fazer a inseminação *post mortem* se ele deixou manifestação expressa nesse sentido, contudo essa criança não poderá pleitear direitos sucessórios, pois decorrido o prazo de dez anos da morte do pai.

Contudo, o tema não se refere apenas à legislação ordinária, pois implica na colisão de direitos constitucionais e no juízo de valoração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se assim que, o progresso científico não pode ser interrompido, haja vista a demanda social e o aproveitamento em detrimento da vida e saúde humana; necessário se faz regulamentar os procedimentos empregados, considerando os riscos envolvidos.

Não obstante à falta de regulamentação da reprodução medicamente assistida após o falecimento daquele que se colheu o material biológico para utilização nas técnicas de fecundação, a hermenêutica jurídica subsidia aos aplicadores (e também aos criadores) da norma vários métodos que permitem a solução das antinomias e omissões legais.

Além disso, deve-se observar o melhor interesse da criança. Não se pode permitir que os direitos sucessórios destes filhos gerados *post mortem*, lhes sejam suprimidos simplesmente porque o ordenamento jurídico não está apto a validar todas as relações jurídicas, por não reconhecer a capacidade sucessória destes nascituros.

A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM PELA ÓTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO

Mas o que não se pode permitir é que se lese a dignidade da pessoa humana, violando os direitos dos nascituros a natureza de pessoa humana dos embriões, os tratando como se coisas fossem, que nas relações jurídicas podem ficar a mercê da inércia do legislador, sem sofrerem qualquer implicação negativa em seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Waldemar Naves do. PETRACCO, Álvaro. FREITAS, Vilmon de. **História da reprodução humana no Brasil**. Goiânia: Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1.990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1.990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

DIREITO NET, artigos. FAVILLA, Yargo Oliveira. **Inseminação artificial no Código Civil de 2002**. Analisa o instituto da inseminação no âmbito do novo Código Civil, não só como uma visão técnico-doutrinária, mas também no âmbito social e legal. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4652/Inseminacao-artificial-no-Codigo-Civil-de-2002>> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

FERREIRA, Fábio Alves. Vivendo sem respirar, morrendo sem chance de nascer. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: . Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

MARQUES, Alessandro Brandão. Questões polêmicas decorrentes da doação de gametas na inseminação artificial heteróloga . **Jus Navigandi**, Teresina,

Déborah Cristiane Domingues de Brito
Fernando Alberto de Jesus Lisciotta Facioni
Antonieta Galhardi
Emily Medeiros Nascimento

ano 7, n. 92, 3 out. 2003. Disponível em: . Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

NAKAMURA, Milton. ALBANO, Aulus M. TROUNSON, Alan. WOOD, Carl. GIANAROLLI, Luca. CONTI, Ângelo. YAO, Chung Kin. **Fertilização in vitro e microcirurgia tubária**. São Paulo: Editora Roca, 1.984.

RECANTO DAS LETRAS, Uol. PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório**. Versa sobre os efeitos da Reprodução Assistida Homóloga no Direito Sucessório. Disponível em:<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

RIGO, Gabriela Bresciani. **O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório na Legislação Vigente**. Versa sobre a Fecundação *post mortem* e as conseqüências jurídicas. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849-o-status-de-filho-concebido-post-mortem-perante-o-direito-sucessorio-na-legislacao-vigente.html> > Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VIAJUS, artigos. Caggy, Milena. Inseminação artificial post mortem. Faz um estudo da inseminação artificial post mortem, e seus efeitos no mundo jurídico. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1712>> Acesso em: 01 de Outubro de 2.010 às 23:00hs.

VENOSA, Silvio Salvo, **Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Atlas. 5. Ed. 2005.

[1] Gênesis 1:28; 9:1

[2] Kant já dizia: “Cada coisa tem o seu valor; ser humano, porém tem dignidade”.

[3] Rui Barbosa foi quem definiu mais perfeitamente o conceito da isonomia: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade[...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”